

Avtaleloven § 36 betydning for fastsettelse av arbeidsforholdets innhold

Kandidatnummer: 599
Leveringsfrist: 25.04 2008

Til sammen 17 502 ord

24.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Arbeidsrettens særpreg og behovet for avtaleloven § 36	1
1.2	Rettskildebildet	2
1.3	Problemstilling og den videre fremstilling	3
<u>2</u>	<u>DEN INDIVIDUELLE ARBEIDSAVTALE</u>	<u>5</u>
2.1	Ansettelse	5
2.1.1	Romsdals Fellesbank	6
2.1.2	Flyttepliktklausulers gyldighet	8
2.2	Bindingstid	9
2.2.1	Poppe-dommen	11
2.2.2	Bindingsklausulers gyldighet	14
2.3	Omplassering	20
2.3.1	Rettspraksis	20
2.3.2	Omplasseringsavtalers gyldighet	22
2.4	Oppsigelse	24
2.4.2	Arbeidstakers oppsigelse	26
2.4.3	Arbeidsgivers oppsigelse	45
2.5	Fallskjermavtaler	47
2.5.1	Breivik-dommen	48
2.5.2	Fallskjermavtalers gyldighet	48
2.6	Konkurransesklausuler	50
2.6.1	Avtaleloven § 38	51
2.6.2	Forbud mot å overta kunder eller medarbeidere	53

2.6.3	Forholdet mellom avtaleloven § 36 og § 38	57
<u>3</u>	<u>TARIFFAVTALER</u>	<u>59</u>
3.1	Forarbeider	60
3.2	Rettspraksis	61
3.3	Arbeidsrettens praksis	62
3.4	Revisjon av tariffavtaler	63
3.5	Oppsummering	63
<u>4</u>	<u>FORHOLDET MELLOM ARBEIDSMILJØLOVEN OG AVTALELOVEN</u>	<u>65</u>
<u>5</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>67</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>69</u>
6.1	Lover	69
6.2	Forarbeider	69
6.3	Dommer	69
6.3.1	Norsk Retstidende	69
6.3.2	Underrettspraksis	70
6.3.3	Dommer fra Arbeidsretten	70
6.3.4	Norsk Arbeidsrettslig Domssamling	70
6.4	Bøker	70
6.5	Artikler	71
6.6	Nettdokumenter	71

1 Innledning

Arbeidsmiljøloven¹ regulerer forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. I tillegg til reglene som følger av denne, vil også avtalelovens² bestemmelser være av betydning for å ta stilling til hva som gyldig kan avtales i arbeidsforhold. De avtalerettslige reglene vil komme inn som et supplement til de arbeidsrettslige der disse alene ikke gir tilstrekkelig grunnlag for å løse problemene som oppstår.

Avtaleloven § 36 åpner for at avtaler eller ensidige disposisjoner som det ville være ”urimelig” å gjøre gjeldende endres eller settes til side som ugyldige. Uttrykket ”urimelig” er i seg selv et ganske strengt kriterium.³ Bestemmelsen angir momenter som vil være av betydning i vurderingen, men oppstiller ikke en uttømmende liste med vilkår for når en avtale vil være ugyldig som følge av urimelighet. Avtaleloven § 36 åpner for en konkret rimelighetsvurdering i den enkelte sak. Det kreves en kvalifisert urimelighet for revisjon etter bestemmelsen.

1.1 Arbeidsrettens særpreg og behovet for avtaleloven § 36

Retten til arbeid har både økonomiske og sosiale aspekter, og er av stor betydning for den enkelte arbeidstaker. Arbeidsmiljølovens regler er utviklet med henblikk på dette, og inneholder en mengde verneregler. Reglene skal sikre at arbeidstaker, som den presumptivt svakere part i arbeidsforholdet, i størst mulig grad blir vernet mot overgrep fra arbeidsgiverens side. Inntrykket av at arbeidsretten skal beskytte arbeidstaker forsterkes ved at den i betydelig grad preges av preseptorisk lovgivning.⁴

¹ Arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr.62

² Avtaleloven av 31. mai 1918 nr.4

³ Ot.prp nr. 5 1982-1983 side 30

⁴ Jakhelln (2007) side 131

Arbeidsmiljøloven oppstiller en rekke rettigheter for arbeidstaker. Allikevel kan det oppstå situasjoner der arbeidsmiljølovens regler er overholdt, men hvor avtalen som er inngått allikevel kan være urimelig for en av partene. Generalklausulen i § 36 vil kunne være en sikkerhetsventil i de tilfellene arbeidsmiljølovens regler fører til urimelige resultater.

Bestemmelsens formål, som i korte trekk består i å beskytte den svakere part mot misbruk av avtalefriheten⁵ og følgelig bidra til å skape balanse i avtaleforholdet, synes å passe godt i arbeidsforhold. Avtaleloven § 36 ble ikke innført spesielt med tanke på denne type avtaler, men bestemmelsens formål synes å treffe avtaler som inngås her. Disse vil ofte være preget av at en av partene er i en bedre posisjon til å fremme egne interesser enn den andre.

En begrensning i § 36 anvendelsesområde ligger tilsynelatende i at den etter avtaleloven § 41 direkte bare regulerer avtaler på formuerettens område. Det fremgår imidlertid av lovens forarbeider at § 36 får anvendelse også i arbeidsforhold.⁶ Det er i rettspraksis antatt at man på dette og tilsvarende rettsområder lettere enn i de rene forretningsforhold vil kunne foreta revisjon i favør av en svakere part.⁷ Dette følger av at det ved denne type avtaler gjennomgående vil være en skjev maktbalanse mellom partene, slik at det skal mindre til før det kan anses å foreligge en urimelig situasjon som fører til at det blir aktuelt å sette avtalen til side i medhold av avtaleloven § 36.

1.2 Rettskildebildet

Avtaleloven § 36 betydning for fastsettelse av arbeidsforholdets innhold er ikke direkte regulert verken i arbeidsmiljøloven eller avtaleloven.

⁵ NOU 1979:32 side 7

⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) side 40 og Innst.O. nr 31 (1982-1983) side 1

⁷ LF-1999-646

Bestemmelsen i avtaleloven § 36 er en snever unntaksregel som tillater revisjon av avtaler og ensidige disposisjoner på rimelighetsgrunnlag. Den er ment å være en sikkerhetsventil forbeholdt de helt ekstraordinære tilfeller.

Det finnes allikevel en del rettspraksis om temaet, både fra de ordinære domstolene og fra Arbeidsretten. Denne utgjør viktig kildemateriale i oppgaven. På enkelte områder foreligger det omfattende rettspraksis, mens det på andre er lite eller ingenting. Noen av områdene som behandles domineres av underrettspraksis, og denne vil tidvis benyttes for å illustrere praktiske tilfeller. I forhold til den individuelle avtalen, først og fremst ved oppsigelse, synes det som om de fleste tvistene avsluttes i lagmannsretten. Der det foreligger Høyesterettsdommer, vil disse bli grundig behandlet.

Særlig i forhold til kartleggingen av gjeldende rett for tariffavtaler står forarbeidene helt sentralt. Når det gjelder forholdet mellom § 36 og den individuelle arbeidsavtale, gir imidlertid forarbeidene liten veiledning.

I mangel av andre rettskilder vil også reelle hensyn tidvis benyttes for å belyse problemstillingen.

1.3 Problemstilling og den videre fremstilling

Problemstillingen i oppgaven er hvordan avtaleloven § 36 øver innflytelse på fastsettelsen av arbeidsforholdets innhold. Oppgaven vil i det følgende gjøre rede for hva som gyldig kan avtales mellom partene, og i hvilken grad § 36 påberopes som grunnlag for ugyldighet når en av dem finner at det vil være urimelig å gjøre avtalen gjeldende.

Både den individuelle arbeidsavtalen og tariffavtaler vil bli behandlet. Hovedvekten legges på § 36 betydning for fastsettelse av arbeidsforholdets innhold for den individuelle arbeidsavtalens vedkommende. Forholdet mellom avtaleloven § 36 og tariffavtaler behandles kort. Temaet utdypes ikke i nevneverdig grad, da rettstilstanden i større grad er klarlagt på dette området enn det som er tilfelle for den individuelle avtale.

Oppgaven tar i del to for seg forholdet mellom den individuelle arbeidsavtale og avtaleloven § 36. Her blir det gjort rede for bestemmelsens betydning ved de forskjellige fasene i et ansettelsesforhold. Temaene som behandles er valgt på bakgrunn av den foreliggende rettspraksis, da denne illustrerer når problemstillingen realiseres.

Oppgavens del tre omhandler avtaleloven § 36 betydning for tariffavtaler. Det foretas her en kartlegging av rettstilstanden med utgangspunkt i forarbeider og rettspraksis.

Del fire sier noe om forholdet mellom arbeidsmiljøloven og avtaleloven.

Avslutningsvis har oppgaven i del fem en oppsummeringsdel, som gir uttrykk for avhandlingens funn.

2 Den individuelle arbeidsavtale

Den individuelle arbeidsavtalen regulerer den enkelte arbeidstakers arbeidsforhold. I det følgende tar oppgaven for seg utvalgte deler av denne. Spørsmålet om urimelighet i medhold av avtaleloven § 36 kan oppstå på forskjellige stadier i arbeidsforholdet. Fremstillingen tar sikte på å behandle de mest praktiske situasjonene hvor det kan være aktuelt å foreta revisjon i medhold av § 36.

2.1 Ansettelse

Arbeidsgivers styringsrett kan sammenfattes som hans adgang til å organisere, lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør.⁸ Det følger av denne retten at han blant annet kan stille kvalifikasjonskrav til søkerne ved utlysning av stillinger. Kravene som stilles må imidlertid ikke stride mot diskrimineringsvernet som følger av arbeidsmiljøloven kapittel 13, da det eksplisitt fremgår av § 13 -2 (1) (a) at bestemmelsene gjelder ved utlysning av stilling.

De vilkår som fastsettes i utlysningstekst, i avtale eller på annen måte, må i tillegg til å følge disse reglene holdes innenfor rimelighetens rammer. Dette følger blant annet av avtaleloven § 36.

Høyesterett har uttalt at styringsretten også begrenses av mer allmenne saklighetsnormer, slik at utøvelsen av arbeidsgiverens styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen. Det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen. Den må videre ikke være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn.⁹

⁸ Fastslått i rettspraksis, for eksempel i Rt.2000 s.1602

⁹ Rt.2001 s.418

I forbindelse med ansettelse har Høyesterett tatt stilling til flyttepliktklausulers gyldighet i henhold til avtaleloven § 36. Da det ikke finnes noe generelt forbud mot bostedsvilkår i arbeidsavtaler, må det foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Det må vurderes om det i forhold til den aktuelle arbeidstakeren fremstår urimelig at arbeidsgiver pålegger han en plikt til å bo på et bestemt sted.

2.1.1 Romsdals Fellesbank

I dommen inntatt i Rt 2000 s.1800 (Romsdals Fellesbank) anførte arbeidstaker at arbeidsgivers oppsigelse var usaklig og ga grunnlag for erstatningsplikt. Videre ble det anført at vilkåret om boplikt i Averøy kommune måtte settes til side som urimelig etter avtaleloven § 36, mens arbeidsavtalen for øvrig skulle bestå.

Når en domstol skal ta stilling til en avtales gyldighet, forutsettes det en bred rimelighetsvurdering fra dennes side. For at avtalen skal kunne settes til side i medhold av urimelighetskriteriet i § 36, må det foreligge en kvalifisert urimelighet ved at den blir stående med sitt opprinnelige innhold.

Høyesterett kom etter en konkret vurdering til at kravet om bosetting i kommunen ikke i seg selv kunne føre til at avtalen måtte revideres etter avtaleloven § 36. Dommen er avsagt under dissens 4–1. Domstolen ga ikke uttrykk for at den var i tvil om utfallet av rimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36. Dette til tross for at bostedsvilkåret ble satt til side både i herredsretten og i lagmannsretten.

Som et første moment i rimelighetsvurderingen tar førstvoterende stilling til avtalens innhold. Han finner her at bostedsvilkår kan legge begrensninger på livsutfoldelsen både for arbeidstakeren selv og deres familie, og at slike vilkår er relativt uvanlige. På den annen side hadde arbeidsgiver i denne saken et legitimt behov for en klausul med dette innhold.

Høyesterett fastslår etter dette at det skal atskillig til for at retten skal sette til side som urimelig en vurdering av denne art som en privat arbeidsgiver har foretatt, når vilkåret som i denne saken var klart presisert allerede på det tidspunkt da arbeidsavtalen ble inngått.

Videre tar retten stilling til partenes stilling og forholdene ved avtaleinngåelsen. Her fremheves det at arbeidstakeren var velutdannet og hadde lang erfaring i arbeidslivet, og at han ikke var i en presset situasjon da arbeidsavtalen ble inngått. Førstvoterende kommer etter dette til at bostedsvilkåret ikke opprinnelig kunne settes til side som urimelig etter avtaleloven § 36.

Arbeidstaker anførte videre at vilkåret om bosted i Averøy kommune i alle fall måtte settes til side på grunn av utviklingen i perioden fra arbeidsavtalen ble inngått til oppsigelsen kom, jfr alternativet ”senere inntrådte forhold” i § 36 (2). Han viste i denne forbindelse til vansker for ektefellen med å få arbeid, og familiens problemer med å finne egnet bolig. Høyesterett finner det ”temmelig klart” at dette ikke kan føre frem. Dette begrunnes i at ektefellen ikke møtte ”uventede og vesentlige vansker” på arbeidsmarkedet, og at det på boligmarkedet ikke oppsto ”uventede vansker av en slik styrke” at de kunne føre til bortfall av bostedsvilkåret. Det skjedde ikke endringer av betydning etter at arbeidsavtalen ble inngått. Førstvoterende kom på denne bakgrunn til at arbeidsgiveren kunne gjøre bostedsvilkåret gjeldende.

Det avgjørende for utfallet av rimelighetsvurderingen i dommen synes å være at vilkåret var klart utformet ved avtaleinngåelsen, og at dette kom tilstrekkelig klart frem for arbeidstakeren.

Høyesterett holder imidlertid muligheten åpen for at innsigelser av denne art vil kunne føre til revisjon. Avgjørelsen gir uttrykk for at utfallet av vurderingen som foretas etter avtaleloven § 36 kunne ha blitt annerledes dersom vilkåret ikke var klart presisert på forhånd, men for eksempel først ble klart etter at jobbtilbudet var akseptert.

2.1.2 Flyttepliktklausulers gyldighet

Klausuler om flytteplikt tolkes gjennomgående meget strengt, slik at det skal mye til før arbeidstakeren kan høres med at han ikke er forpliktet til å flytte. Dersom vilkåret er saklig begrunnet i virksomhetens forhold, ligger listen for revisjon høyt. Som Romsdals Fellesbank-dommen illustrerer, er det allikevel ikke utelukket at slike vilkår kan settes til side med hjemmel i avtaleloven § 36.

I lagmannsrettens dom fremhevet mindretallet, som kom til samme resultat som Høyesterett, at de ”ikke utelukket” at vilkåret om bosted prinsipielt kunne blitt lempet på. Eksemplene som ble brukt for å illustrere når dette kunne vært aktuelt, var at helsemessige grunner tilsa at familien måtte bo nær sykehuset i Kristiansund, at det forelå særlige omstendigheter i privatlivet eller at det var håpløst å finne egen bolig i Averøy.

En naturlig språklig forståelse av uttrykkene ”særlige omstendigheter” og ”håpløst” å finne bolig tilsier at listen for revisjon som tidligere antydte ligger svært høyt. Dersom vilkåret er klart utformet ved avtaleinngåelsen og arbeidstaker aksepterer tilbudet på de foreliggende betingelser, vil han sjelden kunne høres med denne typen urimelighetsinnsigelser på et senere tidspunkt.

2.2 Bindingstid

Arbeidsmiljølovens utgangspunkt er at arbeidstakeren står fritt til når som helst å avslutte ansettelsesforholdet. Den eneste betingelsen som oppstilles, er at han overholder de frister som er oppstilt i lov eller avtale.¹⁰ Gjennom reglene om oppsigelsesfrister i arbeidsmiljøloven § 15-3, sikrer loven at arbeidstakere ikke skal bli bundet til arbeidsgiver mot sin vilje over lengre tid.

En avtale om bindingstid innebærer at arbeidstakeren forplikter seg til å arbeide for arbeidsgiver i et fastsatt tidsrom, uten rett til å bringe arbeidsforholdet til opphør i denne tid.¹¹ Avtaler om bindingstid innebærer at arbeidstaker i en periode ut over den lovregulerte oppsigelsestid er avskåret fra å bringe ansettelsesforholdet til opphør.¹²

Klausuler om bindingstid utgjør følgelig et unntak fra arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsestid.¹³ Rettspraksis har imidlertid slått fast at det normalt ikke vil være i strid med de ufravikelige oppsigelsesregler å inngå avtaler om bindingstid, men at avtalefriheten er begrenset innen ”visse vilkår og i et visst omfang.”¹⁴ Den viktigste begrensningen som oppstilles er at bindingstiden må være gjensidig for begge parter i denne perioden. Dette er en følge av gjensidighetskravet som kommer til uttrykk i arbeidsmiljøloven § 15-3 (8), se like nedenfor.

Hvor lang oppsigelsestid som kan avtales er ikke lovregulert, med unntak av aml § 15-3 (8) siste punktum som fastslår at det ikke kan avtales lenger oppsigelsesfrist for arbeidstaker enn for arbeidsgiver. Høyesterett uttalte i Rt 2006 s.420 (Poppe-dommen) at dette må anses som et utslag av et mer generelt prinsipp, hvilket for bindingsklausulers vedkommende

¹⁰ Breibøl (2007) side 187

¹¹ Jakhelln (2007) side 530

¹² Breibøl (2007) side 189

¹³ Breibøl (2007) side 187

¹⁴ Rt 2006 s.420, premiss 44

innebærer at bindingstiden for den ansatte må korrespondere med en tilsvarende plikt for arbeidsgiveren til å beholde arbeidstakeren i den samme perioden.

Bindingsklausuler befinner seg i et rettslig skjæringsfelt. De har dels et avtalerettslig, dels et arbeidsrettslig aspekt. Domstolen er henvist både til tradisjonell avtalesensur, og til en vurdering av om det ut fra overordnede arbeidsrettslige vernehenyn overhodet er adgang til å inngå avtale med det aktuelle innhold.¹⁵

Det er ikke gitt noen lovbestemmelse som spesielt regulerer avtaler om bindingstid.¹⁶ Fullstendig frihet til å inngå avtale om bindingstid støter imidlertid mot arbeidsmiljølovens karakter av vernelovgivning ved at arbeidstaker ikke står fritt til å avslutte arbeidsforholdet innenfor rammen av oppsigelsesfrister.¹⁷ At avtalefriheten til en viss grad må være begrenset, utledes blant annet av avtaleloven § 36. Det er imidlertid vanskelig å trekke klare grenser ut fra avtalelovens generalklausul.¹⁸

Det rettslige utgangspunktet for vurderingen av bindingsklausulers gyldighet blir etter dette den generelle bestemmelsen i avtaleloven § 36. En bindingsklausul vil, som enhver annen avtale, kunne være helt eller delvis ugyldig etter denne bestemmelsen.¹⁹

De mest uheldige konsekvenser av en generell adgang til å inngå avtaler om bindingstid kan unngås gjennom slik sensur. Avtalefrihetens grunnlag og grenser er følgelig tett sammenknyttet.²⁰

¹⁵ Breibøl (2007) side 187

¹⁶ Jakhelln (2007) side 530

¹⁷ Breibøl (2007) side 187

¹⁸ Breibøl (2007) side 187

¹⁹ Andersen (2001)

²⁰ Breibøl (2007) side 192

Det foreligger en Høyesterettsdom og noe underrettspraksis som gir grunnlag for å oppstille noen utgangspunkter for hva som skal til for at en avtale om bindingstid skal stå seg i forhold til avtaleloven § 36.

2.2.1 Poppe-dommen

I dommen inntatt i Rt 2006 s. 420 var saksforholdet at et eiendomsmeglerselskap krevde erstatning fra en ansatt megler som sa opp arbeidsforholdet, til tross for et avtalepunkt om bindingstid på omtrent fire år. Avtalen ble inngått i forbindelse med arbeidstakers aksjekjøp i arbeidsgivers selskap.

Førstvoterende la innledningsvis til grunn at arbeidsmiljøloven i seg selv ikke er til hinder for at en arbeidstaker binder seg til fire års arbeidsplikt uten oppsigelsesadgang, forutsatt at slik bindingstid er gjensidig også for arbeidsgiver.²¹ Det avgjørende for klausulens gyldighet dersom dette vilkåret er oppfylt, er at den ikke strider mot avtaleloven § 36.

Flertallet oppstiller altså en generell adgang til å inngå avtale om bindingstid, men med den begrensning at ansettelsesforholdet må være uoppsigelig for begge parter i denne perioden. Ved at arbeidsgiver er forpliktet til å motta arbeidstakers innsats, oppnår den ansatte at det sterke oppsigelsesvernet som følger av arbeidsmiljølovens bestemmelser utvides til å gjelde for en lengre periode. Arbeidsgivers gevinst består i at den ønskede kompetansen består i dette tidsrommet, og følgelig også den forutberegneligheten dette innebærer.

I forhold til urimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36 oppstilte Høyesterett en rekke momenter som vil være av betydning for avtalens gyldighet. For det første vil bindingstidens varighet naturlig nok være et sentralt vurderingstema, men også andre momenter vil være relevante. Det legges vekt på hvilket behov det er for bindingen, hvilke positive og negative konsekvenser den har for den ansatte, hvor forutselige disse er, hvorvidt det er en rimelig balanse mellom partenes oppofrelser og fordeler, og om

²¹ Premiss 45

bindingen er undergitt noen form for fleksibilitet. Det vil også være av betydning om partene har benyttet advokatbistand under forhandlingene.

Bindingstidens lengde danner etter dette et naturlig utgangspunkt for rimelighetsvurderingen. Det må for det første vurderes om varigheten objektivt sett er lang. I denne dommen var bindingstiden på fire år, hvilket under enhver omstendighet vil være svært lang tid i et arbeidsforhold. Videre må det tas stilling til om den isolert sett lange bindingstiden kan veies opp av andre fordeler arbeidstakeren oppnår gjennom avtalen om bindingstid. Dommen er en god illustrasjon på at bindingstidens lengde i seg selv ikke er avgjørende, men at den må tolkes i lys av de øvrige omstendigheter.²² Den lange bindingstiden ble her akseptert med henvisning til forholdene rundt avtalen og dens innhold, slik at varigheten ikke ble utslagsgivende for utfallet av rimelighetsvurderingen.

Høyesterett fant at avtalen innebar betydelige og likeverdige ytelser fra begge parter. Arbeidstakeren besatt kompetanse som var av stor betydning for selskapene. Arbeidsgiver ønsket derfor å forhindre at arbeidstaker skulle starte for seg selv, og tilbød han på dette grunnlag ytterligere aksjer i selskapene til gunstig pris. Ved å binde seg oppnådde arbeidstakeren store fordeler, mens ulempene samlet sett var forholdsvis beskjedne. De tilnærmet likverdige oppofrelsene talte her mot at bindingen skulle settes til side som stridende mot avtaleloven § 36.

Om utfallet av vurderingen som er foretatt uttaler førstvoterende at han ”under noe tvil” har kommet til at avtalen må aksepteres i forhold til avtaleloven § 36. Han legger i denne forbindelse vesentlig vekt på at begge parter i avtaleforholdet må betegnes som profesjonelle og med solide forutsetninger for å bedømme implikasjonene, samtidig som de begge benyttet advokatbistand under forhandlingene. Retten uttaler videre at bindingstiden på fire år er ”nær grensen for hva som kan godtas i denne type forhold, sett i lys av de øvrige momenter.”

²² Breibøl (2007) side 193

Uttalelsen indikerer at resultatet følger av at partene var tilnærmet jevnbyrdige ved avtaleinngåelsen, hvilket innebærer at lovens formål om å beskytte den svakere part ikke gjør seg gjeldende. Resultatet kunne ha blitt et annet dersom de ikke hadde hatt de samme forutsetninger for å fremforhandle en gunstig avtale for dem selv. Om partene er jevnbyrdige vil følgelig være et sentralt moment i rimelighetsvurderingen som foretas etter § 36.

Videre fastslår dommen at fire års bindingstid under enhver omstendighet vil være i øvre sjiktet for hva som vil kunne aksepteres. Det kan etter dette ikke oppstilles et generelt prinsipp om at bindingstid opp til fire år godtas i praksis. Flertallet understreker som nevnt at de kom frem til resultatet ”under tvil,” og det følger av dette at det kun er under helt spesielle omstendigheter det vil kunne aksepteres en bindingstid med en slik lengde. Det kan imidlertid heller ikke være slik at en bindingstid ut over fire år automatisk vil være urimelig i medhold av § 36, det må her som ellers foretas en konkret vurdering i den foreliggende sak.²³ Dette er en følge av at bindingstidens lengde er sentral, men ikke avgjørende i seg selv.

Dommen inntatt i Rt 2006 s.420 er per dags dato den eneste dommen hvor spørsmålet om bindingstid har vært prøvet for Høyesterett. Dommen er avsagt under dissens. Flertallets begrunnelse bærer preg av generelle avtalerettslige betraktninger, mens en mer arbeidsrettslig tilnærming synes å skinne gjennom i mindretallets votum. Det kan virke som om momenter som fremheves i dissensen i større grad fortolkes i lys av de vernehensyn som ligger til grunn for arbeidsmiljølovens regulering, enn tilfellet er for flertallets vurdering av tilsvarende momenter.²⁴ Det kan videre synes som om avtalens økonomiske sider og bindingstidens karakter av integrert del av aksjekjøpsavtaler, overskygger flertallets vurdering av de arbeidsrettslige vernehensyn.²⁵ Flertallet uttaler at bindingstidens

²³ Evju (2006)

²⁴ Breibøl (2007) side 192

²⁵ Breibøl (2007) side 196

varighet er ”sentral, ” mens mindretallet legger ”atskillig vekt” på at en bindingstid på fire år for en arbeidstaker må sees som noe ”ekstraordinært.” Dette er bare et av eksemplene på at mindretallet har større fokus på arbeidstakerens forhold.

2.2.2 Bindingsklausulers gyldighet

Spørsmålet om bindingsklausulers gyldighet ble også behandlet i RG 2000 side 262. Denne avgjørelsen er relevant i denne sammenheng fordi Høyesterett i Poppe-dommen uttaler at den er ”illustrerende for et praktisk tilfelle.”

Saksforholdet var i denne avgjørelsen at det ble inngått en aksjekjøpsavtale hvor de selgende aksjonærer forpliktet seg til å arbeide i kjøpers selskap i tre år. En av dem fratrådte stillingen før bindingstidens utløp på grunn av misnøye med selskapets ledelse, og det oppsto i denne forbindelse uenighet om klausulens gyldighet. En enstemmig lagmannsrett kom til at avtalen var gyldig.

Lagmannsretten la i denne avgjørelsen vekt på en rekke momenter knyttet til rimelighet og balanse mellom ulike behov i sin vurdering av om den aktuelle bindingsklausulen var ugyldig i henhold til § 36. Ved å trekke disse ut av den konkrete dommen, finner vi noen generelle momenter som vil være relevante ved gyldighetsvurderinger av enhver klausul om bindingstid.²⁶

I det følgende foretas en gjennomgang av hvilke forhold som vil være av betydning for rimelighetsvurderingen som skal foretas etter avtaleloven § 36. Momentene er hentet fra den ovennevnte rettspraksis.²⁷

²⁶ Andersen (2001)

²⁷ Rt 2006 s.420 og RG 2000 s.262

2.2.2.1 Uoppsigelighet for begge parter

Gjensidighetskravet ble i Poppe-dommen lagt til grunn som et ufravikelig vilkår for at klausuler om bindingstid ikke skal komme i strid med arbeidsmiljølovens regler. Kravet til gjensidig binding er i samsvar med arbeidsmiljølovens utgangspunkt om gjensidig oppsigelsesadgang.

I en avtale om bindingstid vil det først og fremst være arbeidstakerens binding som står i fokus. I Poppe-dommen fremgikk det ikke av avtalen at bindingstiden skulle være gjensidig for begge parter. Førstvoterende forutsatte i denne forbindelse at det ikke er et vilkår at arbeidsgivers forpliktelse fremgår av uttrykkelig avtale. Begrensningene i handlefriheten må vanligvis anses avtalt ved avtaler om bindingstid, slik at selve avtaleinngåelsen er tilstrekkelig til å oppfylle kravet til gjensidighet.

Urimelighetssensur etter avtaleloven § 36 beror på en bred helhetsvurdering hvor det også tidligere ble lagt til grunn at gjensidighet kunne være et av flere momenter.²⁸ Det er nå klart at dette ikke bare er et moment i vurderingen, men et nødvendig vilkår for bindingsklausulers gyldighet.

2.2.2.2 Partenes stilling

Et grunnleggende moment ved vurderingen av om en avtale om bindingstid er gyldig i henhold til avtaleloven § 36 er, som ved gyldighetsvurderingen av enhver annen avtale, om avtalen er utformet mellom to likeverdige parter som begge forstår hvilke forpliktelser de påtar seg og konsekvensene av disse.

Spesielt i rene ansettelsesforhold vil en ofte måtte stille spørsmål om det foreligger slik likeverdighet mellom arbeidsgiver som den presumptivt sterkere part og arbeidstaker som

²⁸ Breibøl (2007) side 194

den svakere.²⁹ For at dette vilkåret skal være oppfylt er det en forutsetning bindingstiden fremgår klart av avtalen.

2.2.2.3 Partenes oppofrelser og fordeler

Klausuler om bindingstid bør videre ta hensyn til begge parter behov. Dette moment er av stor viktighet, da arbeidstaker gjennomgående vil være den svakere part og den som ofte vil ha mest å tape på å inngå en slik avtale.

Den dømmende rett legger vekt på hvilke konsekvenser, både positive og negative, hver av partene påføres gjennom avtalen om bindingstid. Høyesterett fremhever dette momentet i Poppe-dommen. Partenes oppofrelser kan veies opp av de fordeler som oppnås gjennom avtalen om bindingstid.

2.2.2.4 Arbeidsgivers behov for binding

Et annet moment som tillegges vekt i rimelighetsvurderingen, er om arbeidsgiver har et legitimt behov for å binde en ansatt til virksomheten ut over de alminnelige oppsigelsesfrister. Hensynet til fortsatt drift, spesielle behov for kontinuitet og behov for å ta vare på den reelle verdien av en virksomhet en har investert i, vil stort sett kunne utgjøre legitime behov for en klausul om bindingstid. Det er derimot ikke tilstrekkelig at arbeidsgiver har et ønske om å skaffe seg en best mulig forhandlingsposisjon ved eventuelle konflikter.³⁰ Noen nedre grense er det for øvrig vanskelig å trekke, ut over at arbeidsgiver må kunne vise til en saklig grunn knyttet til virksomhetens forhold.³¹

Behovet for bindingsavtaler vil vanligvis oppstå når arbeidsgiver på en eller annen måte har investert i arbeidstakers opplæring. Arbeidsgiver vil i denne situasjonen ønske å få noe

²⁹ Andersen (2001)

³⁰ Andersen (2001)

³¹ Breibøl (2007) side 193

tilbake for sin investering. Videre vil det kunne oppstå behov for en viss bindingstid i kombinasjon med at arbeidstaker blir gjort til medeier i virksomheten, eller ved at den overtakende virksomhet ved oppkjøp ønsker å knytte til seg kjernepersonell.³²

Behovet for å holde på en arbeidstaker vil normalt være størst der den ansatte er en nøkkelperson i bedriften. Det faktum at arbeidstakeren ikke er en nøkkelmedarbeider, vil allikevel trolig ikke i seg selv være tilstrekkelig for å sette en avtale om bindingstid til side etter avtaleloven § 36. Det kan antakelig tilsi at det stilles større krav til styrken av de øvrige relevante hensyn.³³ I Poppe-dommen la flertallet til grunn at det var tilstrekkelig til å opprettholde avtalepunktet at arbeidstakerens oppsigelse før utløpet av bindingstiden innebar ”store forstyrrelser i drift og inntjening i selskapene.” Dette til tross for at de ikke fant at han var ”like avgjørende for driften” som eksempelvis aksjemeglerne i RG 2000 s. 262 var.

2.2.2.5 Kompensasjon

Der situasjonen er den at arbeidstaker ikke har fått noen økonomisk fordel, eksempelvis høyere lønn, etterutdanning, en aksjepost eller annet ved å gå med på en avtaleklausul om bindingstid, må det antas at avtalen ikke står seg etter avtaleloven § 36. Kompensasjon er ikke et vilkår for gyldighet, men det må kunne antas at dette er et moment som ved den konkrete rimelighetsvurderingen kan gjøre det lettere å godta klausulen.

Dersom arbeidstaker ikke har mottatt noen form for kompensasjon, vil avtalen i realiteten kunne angi en lang periode hvor arbeidstakeren ikke kan fratre stillingen. Dette vil kunne stride mot urimelighetskravet i § 36.³⁴ En slik bindingsklausul kan oppfattes som et forsøk

³² Homble (2006)

³³ Breibøl (2007) side 193

³⁴ Arbeidsrett.no. Bindingsklausuler punkt 6. Tilgang: <http://www2.arbeidsrett.no/page/mainpage.jsp>

på omgåelse av arbeidsmiljølovens ufravikelige oppsigelsesfrister, og ensidig gi arbeidsgiver fordeler på arbeidstakerens bekostning.

2.2.2.6 Hva er konsekvensene av at bindingstiden ikke er gyldig avtalt?

Hvis en avtale eller en avtaleklausul om bindingstid ikke er gyldig, er utgangspunktet at partene ikke er forpliktet etter dens innhold. Selv om bindingstid ikke er gyldig avtalt, er det imidlertid ikke klart at klausulen uten videre må settes til side. Avtaleloven § 36 er formulert slik at den "helt eller delvis" kan settes til side. Dette innebærer at en domstol kan sette klausulen til side i den grad den finner den urimelig.³⁵ Ved klausuler om bindingstid vil domstolene dersom de mener at bindingstiden er for lang kunne opprettholde den for en tid de finner rimelig, og se bort fra den resterende perioden.

2.2.2.7 Avslutning

Arbeidsmiljølovens regulering av oppsigelsestid sett i sammenheng med lovens preseptoriske karakter, taler i utgangspunktet mot adgang til å inngå avtale om bindingstid.³⁶ Rimelighetsvurderingen som skal foretas etter avtaleloven § 36 vil derfor kunne være av stor betydning i arbeidsforhold hvor slike avtaler faktisk inngås. Den sparsomme rettspraksis som foreligger omkring denne problematikken kan vel imidlertid gi uttrykk for at dette ikke er tilfelle i praksis, eller i det minste at tvistene løses før de kommer inn i rettssystemet. Dette kan ha en sammenheng med at arbeidstaker i de fleste tilfelle vil ha en reell mulighet til å forlate virksomheten før bindingstiden er utløpt.

Erfaringsmessig viser det seg at avtale om bindingstid som oftest ikke inntas i partenes opprinnelige arbeidsavtale, men inngås som tilleggsavtale etter at arbeidstaker har fremmet krav om tilleggsgoder som videreutdanning eller aksjekjøp. Forholdene avviker derfor fra den tradisjonelle vernesituasjon hvor arbeidstaker står overfor valget mellom å godta

³⁵ Andersen (2001)

³⁶ Breibøl (2007) side 190

ansettelse på arbeidsgiverens vilkår eller ikke bli ansatt.³⁷ Dersom avtalen er inngått på et slikt grunnlag, er dette et moment som tilsier varsomhet med å anvende avtaleloven § 36. Bestemmelsens formål realiseres ikke i denne situasjonen.

³⁷ Breibøl (2007) side 190-191

2.3 Omplassering

Dersom det oppstår problemer i et arbeidsforhold, kan det bli aktuelt å omplassere arbeidstakeren. Urimelighetsvurderingen av en omplasseringsavtale vil i denne anledning ha mange likhetstrekk med den som foretas når en oppsigelse hevdes å være urimelig å gjøre gjeldende. Dette vil bli behandlet nedenfor i punkt 2.4. Ettersom en omplassering gjennomgående vil være mindre belastende for arbeidstakeren enn en oppsigelse, skal det antakelig noe mer til før det blir aktuelt å sette en avtale med et slikt innhold til side som stridende mot avtaleloven § 36.

2.3.1 Rettspraksis

Dommen inntatt i Rt 2004 s.1588 er per dags dato den eneste avgjørelsen hvor Høyesterett har tatt stilling til omplasseringsavtalers gyldighet i henhold til avtaleloven § 36. En enstemmig Høyesterett kom frem til at verken arbeidsgivers fremgangsmåte ved inngåelsen av avtalen eller avtalens innhold ga grunnlag for tilsidesettelse etter § 36.

Saksforholdet i dommen var at en arbeidstaker på arbeidsgiveres initiativ hadde inngått avtale om omplassering fra en stilling som hjelpepleier/miljøarbeider til en annen hjelpepleierstilling, en avtale han senere hevdet var ugyldig etter § 36. Bakgrunnen for omplasseringen var en tvangsepisode som etter Høyesteretts vurdering innebar en klar overtredelse av bestemmelsene i sosialtjenestelovens daværende kapittel 6A. Hovedspørsmålet i saken var om omplasseringsavtalen kunne settes til side som ugyldig i medhold av avtaleloven § 36. Det må antas at de standpunktene Høyesterett legger til grunn er av allmenn interesse, og vil være av betydning for alle omplasseringsavtaler som inngås.

Førstvoterende uttaler innledningsvis at det verken foreligger høyesterettspraksis eller juridisk litteratur som spesielt gjelder anvendelsen av avtaleloven § 36 overfor avtaler om omplassering av arbeidstaker på grunn av feil denne har begått. Som en følge av dette må avgjørelsen i mangel av andre holdepunkter bero på analogislutninger fra parallelle spørsmål om gyldigheten av avtaler om oppsigelse fra arbeidstakeren på grunn av eget

forsømmelig forhold.³⁸ I slike saker er det antatt at det bare kan være spørsmål om å sette til side avtalen dersom det ikke var grunnlag for oppsigelse fra arbeidsgiverens side.³⁹

Høyesterett uttaler generelt at omplasseringsavtaler kan være en hensiktsmessig måte å løse konflikter på. Det fremheves at det vil være et moment i gyldighetsvurderingen etter avtaleloven § 36 at arbeidstakeren vil kunne føle seg utsatt for press. Dommen gir altså uttrykk for at urettmessig press fra arbeidsgivers side vil kunne føre til at avtalen settes til side.

Arbeidstaker hevdet i denne saken at han ble utsatt for rettsstridig press ved at arbeidsgiver ga han valget mellom omplassering og å stå uten arbeid, men fikk ikke medhold i sin påstand. Det er allikevel viktig å ta hensyn til at arbeidsgiveren i en omplasseringssituasjon gjennomgående vil være den overlegne part, og at arbeidstaker av denne grunn lett vil kunne føle seg presset. På den annen side er det en grunnleggende forskjell mellom en presset situasjon, og det at arbeidstakeren utsettes for press fra arbeidsgiverens side. Det er ikke tilstrekkelig urimelig for ugyldighet etter § 36 at avtalen ble til i en presset situasjon, som i denne saken. Dersom arbeidstakeren har begått slike feil at omplassering kan bli aktuelt, vil situasjonen stort sett oppleves ubehagelig presset for hans del, også om arbeidsgiver ikke utsetter han for press.

Det må foretas en konkret helhetsvurdering i den foreliggende sak for å avgjøre om omplasseringsavtalen skal settes til side i medhold av avtaleloven § 36. Høyesterett fastslår at fremgangsmåten arbeidsgiver fulgte for å nå frem til omplasseringsavtalen vil være av betydning. Momenter i denne vurderingen vil for det første være om arbeidstakeren har fått innkalling til møtet i god tid. Dette skal beskytte arbeidstaker mot overrumpling. Det legges videre vekt på om arbeidstaker har fått tilbud om bistand fra tillitsvalgt. Det vil også være av betydning om arbeidstakeren har fått tid til å fremstille sitt syn, og om han har fått

³⁸ Premiss 31

³⁹ Mo, Einar: Omplasseringsavtaler

Tilgang: http://www.grenlandsadvokatene.no/show_details.asp?ID=397

tilstrekkelig tid til å områ seg før han godtar avtalen. Endelig legges det vekt på hva selve omplasseringen går ut på. I den ovennevnte dom fant Høyesterett at også den nye stillingen var en hjelpepleierstilling, slik at omplasseringen ikke utgjorde en degradering slik arbeidstakeren hevdet. Det ble i denne saken tillagt vekt at den nye stillingen på alle måter tilsvarte arbeidstakers opprinnelige stilling. Dette illustrerer at en omplassering som i realiteten utgjør en degradering kan være et moment som fører til at avtalen settes til side som urimelig etter § 36. Dette følger av at det kreves mindre før en omplasseringsavtale som utgjør en degradering vil være urimelig.

2.3.2 Omplasseringsavtalers gyldighet

Utgangspunktet må etter dette være at det kreves ganske mye før omplasseringsavtaler kan settes til side som ugyldige etter § 36. Partene har i denne situasjonen i stor grad risikoen for sine egne forutsetninger. Det kan antakelig konkluderes med at så lenge det foreligger saklig grunn for en ensidig beslutning om omplassering, vil avtalen som hovedregel være gyldig. Dette følger av at omplasseringsavtaler kan være en egnet reaksjon når arbeidstakere begår feil, og at den normalt ikke vil ramme arbeidstaker uforholdsmessig hardt. På grunnlag av en fra det mer til det mindre tankegang, må det også være slik at omplasseringsavtaler gjennomgående vil være gyldige dersom arbeidsgiver lovlig kunnet sagt opp arbeidstakeren eller endret arbeidsavtalen.

Høyesterett fremhever at det er et viktig moment, som tilsier at omplasseringsavtaler lettere må stå seg, at en omplassering vanligvis må ses som langt mindre drastisk enn en oppsigelse. Arbeidstakeren har i denne situasjonen fortsatt en jobb å gå til og en inntekt å leve av, om enn ikke den stillingen han ønsker.

Muligheten for tilsidesettelse er imidlertid her som ellers åpen, slik at det kan tenkes at avtaler med et slikt innhold settes til side som stridende mot avtaleloven § 36. Det skal ikke være mulig for arbeidsgiver å undergrave oppsigelsesvernet som følger av arbeidsmiljøloven ved å omplassere brysomme arbeidstakere.

Det kan på bakgrunn av den ovennevnte høyesterettsdom tenkes at ugyldighet må forbeholdes de tilfeller hvor det foreligger en grad av overrumpling og utilbørlig press fra arbeidsgiver, og hvor arbeidstakeren ikke har fått mulighet til å fremstille sitt syn i saken. Videre synes det å skulle svært mye til for at en avtale som er inngått med profesjonell bistand, eller hvor det er gått lang tid før urimelighet påberopes, anses for å være ugyldig.⁴⁰

⁴⁰ Raugland, Vidar: Gyldigheten av avtale om omplassering

Tilgang: http://www.utdanningsnytt.no/templates/udf20_8729.aspx?side=13

2.4 Oppsigelse

Arbeidsmiljøloven bygger på en forutsetning om gjensidig oppsigelsesadgang for begge parter i arbeidsforholdet. Reglene i denne lov gir imidlertid liten veiledning for hvordan spørsmål om oppsigelsen kan være ugyldig på grunn av urimelighet skal løses. Det avgjørende for oppsigelsens gyldighet vil i forhold til arbeidsmiljøloven være om den er saklig begrunnet i virksomhetens forhold.

Spørsmålet om når en oppsigelse er rettslig bindende er bare delvis regulert i arbeidsmiljøloven, og må av denne grunn suppleres med alminnelige avtalerettslige regler om ugyldighet.⁴¹

For at det skal være plass til en rimelighetsvurdering etter avtaleloven § 36, er det en forutsetning at det kan være urimelig å gjøre oppsigelsen gjeldende til tross for at den oppfyller arbeidsmiljølovens krav til en gyldig oppsigelse. Dersom arbeidstakeren gjør gjeldende at oppsigelsen er usaklig, er det arbeidsmiljølovens regler som legges til grunn. Følgelig må det være forhold av en annen art enn oppsigelsens saklighet som er avgjørende for gyldighet etter avtalelovens bestemmelse.

2.4.1.1 Forholdet mellom avtaleloven §§ 33, 36 og 39

Det vil ikke under noen omstendighet være kurant å trekke en oppsigelse tilbake etter at den er kommet til adressatens kunnskap.⁴² Ut fra den foreliggende rettspraksis kan det virke noe tilfeldig om det er avtaleloven §§ 33, 36 eller 39 som er lagt til grunn i de tilfellene oppsigelser fra arbeidstaker ikke er blitt ansett som bindende. § 33 sier at viljeserklæringen ikke er gyldig dersom det ville stride mot redelighet eller god tro å gjøre den gjeldende. § 36 gir hjemmel for å sette til side urimelige avtaler. § 39 sier at viljeserklæringer kan trekkes tilbake før den annen part har innrettet seg etter den, dersom

⁴¹ Mo (1999)

⁴² Mo (1999)

det foreligger særlige grunner for tilbakekallet, den såkalte re integra-regelen. Vurderingstemaene etter disse bestemmelsene er i høy grad sammenfallende.

Avtaleloven § 36 overlapper anvendelsesområdene til §§ 33 og 39, men oppstiller ikke like strenge krav til uredeligheten eller de særlige grunnene for tilbakekall. § 36 har et videre anvendelsesområde enn de øvrige ugyldighetsreglene i avtaleloven. Bestemmelsen gir en generell adgang til ugyldighet på grunn av avtalens innhold,⁴³ hvor både forhold før og etter avtaleinngåelsen kan tillegges vekt.

De avgjørende kriteriene for ugyldighet etter avtaleloven §§ 33 og 39 kan utgjøre momenter i helhetsvurderingen etter § 36. Resultatet er at de kan føre til ugyldighet etter denne bestemmelsen, selv om de ikke var tilstrekkelig til ugyldighet etter bestemmelsene i §§ 33 og 39.

De tre rettsgrunnlagene vil ofte kunne påberopes i samme sak. Rettspraksis vedrørende §§ 33 og 39 vil derfor være av betydning for å illustrere hvilke momenter rimelighetsvurderingen kan bestå av.

De spesielle regler om tilbakekall i § 39 vil kunne gi et sikrere grunnlag for å avgjøre om tilbakekall skal kunne finne sted eller ikke enn det som er tilfelle for § 36.⁴⁴ Domstolene vil derfor ofte, hvis mulig, foretrekke å avgjøre saken på dette grunnlaget. Re integra-regelen inneholder også betydelige elementer av skjønn, men her foreligger det kriterier som gjennom rettspraksis har utviklet seg slik at forutberegneligheten er større.⁴⁵

Lagmannsretten uttaler i RG 1996 s.798 at prinsippet i § 39 må antas å ha begrenset selvstendig betydning etter innføringen av den generelle lempningsregelen i § 36. Det kan være grunn til å anta at det samme er tilfelle for § 33. Regelen i § 33 tar ikke sikte på de

⁴³ Hov (1998) side 266

⁴⁴ Hov (1998) side 93

⁴⁵ Woxholth (2006) side 90

tilfeller hvor det er selve innholdet av avtalen som er urimelig,⁴⁶ og § 36 rekker følgelig lenger som ugyldighetsregel.

2.4.2 Arbeidstakers oppsigelse

Arbeidstaker kan si opp sin stilling uten saklig grunn, men plikter å overholde lovens oppsigelsesfrister før han fratrer stillingen. Arbeidsmiljølovens bestemmelse regulerer bare arbeidsgivers oppsigelse av arbeidstaker,⁴⁷ og gyldigheten av arbeidstakers egen oppsigelse kan følgelig ikke vurderes etter arbeidsmiljøloven § 15–7. Det rettslige utgangspunkt for vurderingen av arbeidstakers oppsigelse blir av denne grunn avtaleloven § 36. Det må foretas en konkret helhetsvurdering av situasjonen, hvor det avgjørende moment vil være om det fremstår som urimelig av arbeidsgiver å bygge rett på arbeidstakerens egen oppsigelse.

Spørsmålet om ugyldighet på grunnlag av urimelighet har i praksis oppstått i den situasjon at arbeidstaker har gitt sin oppsigelse, men senere angret og ønsket at arbeidsgiveren skal se bort fra oppsigelsen. Bak tilbakekallet hevdes det altså å ligge forhold som gjør det urimelig av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende.⁴⁸ Sakstemaet er i utgangspunktet avtalerettslig, idet spørsmålet er om arbeidstakeren har adgang til å fragå avtalen.⁴⁹

Dersom arbeidsgiver ikke har noen innsigelser mot å se bort fra oppsigelsen, oppstår det ikke spørsmål om urimelighet. Det er først hvis han motsetter seg at oppsigelsen blir uten rettsvirkninger spørsmålet om det vil være urimelig å gjøre avtalen gjeldende etter avtaleloven § 36 oppstår. Lagmannsretten uttalte i RG 2002 s.1522 at det er på det rene at terskelen for å akseptere tilbakekall vil være lavere i arbeidsforhold enn i de rene

⁴⁶ NOU 1979:32 side 23

⁴⁷ Fougner (2003) side 590

⁴⁸ Woxholth (2006) side 90

⁴⁹ RG 2000 s. 1631 på s.1637

forretningsforhold. Dette er en naturlig konsekvens av bestemmelsens formål om å beskytte den svakere part mot den annen parts misbruk av avtelefriheten.⁵⁰

I utgangspunktet vil arbeidstakeren være bundet av sin oppsigelse med mindre angrepet på oppsigelsen kan begrunnes i avtalerettslige regler eller forankres i mer arbeidsrettslig betonte forhold.⁵¹

I dommen inntatt i ARD 1981 s. 410 understreker retten at man ”spesielt på arbeidsrettens område må vise tilbakeholdenhet med å konstatere at bordet fanger.” Dette kan begrunnes i konsekvensene en uoverveid beslutning om å si opp jobben kan få for arbeidstakeren. Reglene som knytter seg til arbeidstakers vern mot usaklig oppsigelse er blant de grunnleggende regler innen arbeidsretten⁵², og illustrerer hvor viktig lovgiver har funnet det å beskytte arbeidstakerne mot oppsigelse med mindre det foreligger saklig grunn. Ettersom retten til arbeid er så essensielt for arbeidstakeren, kan det hevdes at arbeidsgiver så langt mulig bør ta hensyn til hans ønske om ikke å gjøre oppsigelsen gjeldende. Innføringen av avtaleloven § 36 kan gi arbeidsgiveren initiativ til å strekke seg langt, selv om han skulle ha den formelle retten på sin side.⁵³

I det følgende foretas en gjennomgang av rettspraksis for å illustrere hvilke momenter som kan være av betydning for rimelighetsvurderingen som skal foretas etter avtaleloven § 36. Hvis arbeidstakers oppsigelse blir satt til side etter avtalelovens ugyldighetsbestemmelser, blir den å betrakte som en formuriktig oppsigelse fra arbeidsgiver.⁵⁴

⁵⁰ NOU 1979:32 side 7

⁵¹ NAD-1987-541

⁵² Jakhelln (2007) side 416

⁵³ Johansen (2001) side 398

⁵⁴ Dege (2003) side 462

2.4.2.1 Saklig grunn til oppsigelse

For å avgjøre om en oppsigelse skal kunne settes til side som urimelig, må retten ta stilling til om arbeidsgiver i den foreliggende situasjon ville hatt saklig grunn til å si opp arbeidstakeren. Sentralt i denne vurderingen er om arbeidsgiver hadde grunn til å rette kritikk mot arbeidstakeren i hans utføring av arbeidet. Bevisbyrden for at slike forhold foreligger hviler på arbeidsgiver. Dersom arbeidsgiver hadde saklig grunn til oppsigelse, kan det vanskelig hevdes at det vil være urimelig å gjøre arbeidstakerens oppsigelse. Arbeidsgiveren kunne i denne situasjonen selv ha oppnådd det ønskede resultat ved å følge arbeidsmiljølovens alminnelige oppsigelsesregler.

Terskelen for å kjenne den ansattes egen oppsigelse ugyldig etter avtaleloven § 36 ligger imidlertid høyere, og forutsetter mer enn at vilkårene for arbeidsgiverens oppsigelse ikke er til stede.⁵⁵ Dette er en følge av at avtalelovens bestemmelse er en snever unntaksregel som kun kommer til anvendelse dersom det foreligger en kvalifisert urimelighet.

Dommen inntatt i RG 1996 s.798 illustrerer at avgjørelsen av om arbeidsgiver hadde saklig grunn til oppsigels står sentralt ved anvendelsen av § 36. Dommen er avsagt under dissens. Både hos mindretallet og flertallet dannet spørsmålet om arbeidsgivers oppsigelsesadgang utgangspunktet for drøftelsen. På dette punkt var det uenighet blant rettens medlemmer. Mindretallet ”kunne ikke se det annerledes enn at banken hadde saklig grunn til å si henne opp,” og fant det etter dette ”klart at As egenoppsigelse ikke kunne settes til side etter avtaleloven § 36.” Det faktum at arbeidsgiveren hadde saklig grunn til oppsigelse, gjorde det unødvendig å ta stilling til de øvrige forhold rundt arbeidstakerens oppsigelse. Flertallet fant på sin side at arbeidsgiver ikke hadde saklig grunn til oppsigelse, og avgjorde saken på grunnlag av en bred rimelighetsvurdering. I denne saken var rettens motstridende syn på oppsigelsesadgangen av avgjørende betydning for de ulike oppfatningene av utfallet av rimelighetsvurderingen.

⁵⁵ RG 1996 s.798

Dette illustrerer, som nevnt innledningsvis, at det er i de tilfellene hvor arbeidsgiveren ikke har saklig grunn til oppsigelse, eller hvor dette er tvilsomt, det kan bli aktuelt å sette egenoppsigelsen til side som ugyldig etter avtaleloven § 36.

Rettspraksis⁵⁶ har lagt til grunn at arbeidsgiver med saklig grunn til å si opp arbeidstakeren, har grunnlag for ikke å akseptere at arbeidstakers oppsigelse settes til side. Dette vil være et sentralt moment i rimelighetsvurderingen, og det kan vanskelig tenkes situasjoner hvor dette momentet kan veies opp av andre hensyn.

At en avtale er inngått under trussel om oppsigelse eller avskjed kan ikke i seg selv ha betydning når de anførte forhold medfører riktighet og etter sitt innhold utgjør oppsigelses- eller avskjedsgrunn.⁵⁷

Det er likevel ikke gitt at egenoppsigelsen uten videre skal settes til side som ugyldig i situasjoner hvor det er tvilsomt om arbeidsgiver hadde adgang til å gå til oppsigelse. Et slikt resultat forutsetter en helhetsvurdering der et bredt spekter av omstendigheter må vurderes, først og fremst omstendigheter i oppsigelsessituasjonen.⁵⁸

2.4.2.2 Arbeidsgivers saksbehandling

Det er ikke bare arbeidstakers egen opptreden som tillegges vekt i rimelighetsvurderingen, forhold på arbeidsgiverens side vil også kunne øve innflytelse på resultatet.

Domstolene har i flere avgjørelser tatt stilling til om arbeidsgiver har lagt til grunn en tilstrekkelig forsvarlig saksbehandling i prosessen rundt arbeidstakers oppsigelse som et

⁵⁶ Saksøkers anførsel i TOSLO-2002-9955

⁵⁷ RG 2000 s. 1631 på s. 1639

⁵⁸ RG 1996 s.798

moment i rimelighetsvurderingen. Rettskildemessig er det interessant å merke seg at det foreligger en rekke lagmannsrettsdommer på området, men ingen fra Høyesterett.

Et vesentlig moment i denne vurderingen er om arbeidsgiver har varslet arbeidstakeren om hva som skal diskuteres i møtet. Dette kan muligens anses som utslag av et generelt arbeidsrettslig prinsipp om forhåndsvarsel. I RG 1996 s.798 var saksforholdet at en avdelingsleder på grunn av uregelmessigheter ble gitt valget mellom å si opp og å bli sagt opp. Hun valgte å si opp selv, men trakk oppsigelsen tilbake etter 18 dager. Hun gjorde prinsipalt gjeldende at oppsigelsen var ugyldig iht avtaleloven § 36, og fikk medhold i dette. Lagmannsretten fremhevet som et sentralt moment i vurderingen at arbeidstaker ikke fikk noe varsel om at hun risikerte å bli sagt opp i det avtalte møtet. Arbeidsgiver vil i en slik situasjon ha et urettmessig overtak på arbeidstaker.

Det kan også være av betydning om arbeidstakeren har fått bistand fra, eller i det minste tilbud om bistand fra, en tillitsvalgt. Dette fordi slik bistand gjennomgående vil kunne føre til at arbeidstakeren får den nødvendige veiledning for å foreta et forsvarlig valg. Momentets vekt vil variere med arbeidstakerens forhold.

I dommen inntatt i NAD 1988 s.1365 ble arbeidstaker gitt valget mellom egen oppsigelse og avskjed. Han valgte egenoppsigelse, men leverte ti dager senere et brev hvor han hevdet at han trakk den tilbake, da den ble hevdet å være i strid med reglene både i arbeidsmiljøloven og i avtaleloven. Arbeidstakeren hevdet forgjeves at det ble sagt at han ikke fikk anledning til å tilkalle tillitsmannen. Retten tok ikke stilling til om det var tariffstridig at arbeidstaker ikke fikk anledning til å tilkalle tillitsmannen, da den ”ikke fant at dette var avgjørende for vurderingen av hvorvidt arbeidstakerens oppsigelse var ugyldig på grunnlag av at det ville være urimelig å gjøre den gjeldende.”

Dersom arbeidstaker har fått valget mellom egen og arbeidstakers oppsigelse, har det i rettspraksis stått sentralt at arbeidstaker skal få tid til å områ seg og konferere med medarbeidere og familie før det endelige valget tas. Arbeidstakeren har krav på tilstrekkelig

betenkningstid. Det skal gå så lang tid fra spørsmålet blir reist til arbeidstakerens svar foreligger at han eller hun har hatt tid til å tenke gjennom forslaget.⁵⁹ Dette kan være fordi arbeidstaker ved å velge egen oppsigelse gir avkall på adgangen til å få rettmessigheten av oppsigelsen prøvet i en arbeidsrettssak.

I RG 2003 s.283 var saksforholdet at arbeidstaker inngikk avtale med arbeidsgiver om å si opp selv mot å få fem måneders lønn. Lagmannsretten fant her at kombinasjonen av at arbeidsgiver ikke hadde saklig grunn til å be arbeidstaker vurdere sin stilling, og det at han ikke ble gitt noen tid til å tenke seg om eller rådføre seg med andre, medførte at det ville virke urimelig å gjøre avtalen gjeldende. Avtalen ble etter dette ansett ugyldig i henhold til avtaleloven § 36.

Endelig vil det være av betydning om arbeidsgiver har forsøkt å løse eventuelle uklarheter vedrørende oppsigelsen.⁶⁰ Begge parter er ansvarlige for å uttrykke seg så klart at det ikke er noen tvil om hva som er avtalt, men det er mulig at arbeidsgiver som den presumptivt sterkere part har en mer vidtgående plikt i denne retning.

I dommen inntatt i RG 1996 s.798 var arbeidsgivers saksbehandling i forbindelse med oppsigelsen etter flertallets vurdering kritikkverdig. Dette ble tillagt vekt i arbeidstakerens favør. I den samme avgjørelsen uttaler mindretallet at arbeidsgivers saksbehandling ikke er ”nevneverdig å kritisere” når man tar hensyn til at vilkårene for oppsigelse forelå. Dette kan indikere at momentet ikke har så stor selvstendig vekt, men det vil uansett være et hensyn som er relevant i urimelighetsvurderingen.

Oppsummeringsvis kan det antakelig hevdes at det legges størst vekt på saksbehandlingen hvis korrekt saksbehandling ville hatt betydning for utfallet. Dette er i overensstemmelse

⁵⁹ Gjone og Aagaard (2002) side 285

⁶⁰ LH-2006-128613

med det man ofte ser i praksis. Brudd på formaliteter får først og fremst betydning dersom korrekt behandling kunne ha ført til et annet resultat.⁶¹

2.4.2.3 Forholdene rundt oppsigelsen

Videre er forholdene rundt oppsigelsen av betydning for utfallet av rimelighetsvurderingen. Det kan i denne vurderingen være av betydning om arbeidstakeren har følt seg personlig provosert og angrepet av arbeidsgiver. Et moment i denne forbindelse vil være om oppsigelsen er situasjonsutløst eller en følge av en overveid beslutning fra arbeidstakers side. Det vil tale til arbeidstakers fordel dersom han kan høres med at oppsigelsen ble provosert frem, og kom som et resultat av den opphetede situasjon som oppsto.

I dommen inntatt i LH-2006-128613 (Bodø Båtforening) forlot arbeidstakeren møtet etter uenigheter med styret. Lagmannsretten uttalte i denne forbindelse at det ”etter omstendighetene ved tilblivelsen” fremsto som naturlig at arbeidsgiver ”ikke uten videre burde ta imot denne oppsigelsen fra sin daglige leder.” Domstolen ga her uttrykk for at den opphetede situasjonen som foranlediget oppsigelsen oppfordret arbeidsgiver til senere å klarlegge situasjonen.

Det vil også være et moment i arbeidstakers favør dersom han kan påvise at arbeidsgiveren på lovstridig eller utilbørlig måte presset frem oppsigelsen. Et eksempel som går igjen i rettspraksis⁶², er at arbeidstakeren får valget mellom å si opp selv og å bli sagt opp eller avskjediget.

Dersom arbeidstakeren velger å si opp selv fremfor å motta arbeidsgivers oppsigelse, gir han avkall på adgangen til å få rettmessigheten av oppsigelsen prøvet i en arbeidsrettssak.⁶³ Det vil i denne situasjonen følgelig være av betydning om arbeidstakeren har blitt informert

⁶¹ Johansen (2001) side 173

⁶² Eksempelvis i RG 1996 s.798, RG 2000 s.1631

⁶³ RG 1996 s. 798

om betydningen av å velge egen oppsigelse fremfor å motta arbeidsgivers oppsigelse. Det kan imidlertid være at arbeidsgiveren ikke har saklig grunn for oppsigelse, og at han ved å gi arbeidstakeren et slikt ultimatum rettsstridig oppnår det han ønsker. Dette kan særlig være tilfelle hvis arbeidsgiver gir uttrykk for at arbeidstakeren risikerer politianmeldelse eller uønsket medieomtale dersom han ikke sier opp selv. Denne typen egenoppsigelse kan i realiteten undergrave oppsigelsesvernet,⁶⁴ hvilket åpner for tilsidesettelse etter avtaleloven § 36.

Videre legger domstolen vekt på om arbeidstakeren har vært utsatt for psykisk press i forbindelse med oppsigelsen. Arbeidstakeren får for eksempel en svært knapp frist til å velge mellom egen og arbeidstakers oppsigelse. Det kan i denne relasjon også et moment om arbeidsgiver har opptrådt for aktivt og pågående for å få avklart arbeidstakerens synspunkt.

At situasjonen innebærer en sterk følelsesmessig belastning er også et moment av relevans ved rimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36.⁶⁵ Det er imidlertid viktig å ta hensyn til at arbeidstakeren ikke nødvendigvis er utsatt for press selv om den vanskelige situasjonen i seg selv utgjør en stor belastning for han.

Hvem av partene som tok initiativ til samtalen som førte til oppsigelsen kan være av betydning for rimelighetsvurderingen. Dersom arbeidstaker var den som ønsket møtet, er det større grunn til å tro at beslutningen var gjennomtenkt fra hans side. I NAD 1988 s.1365 var saksforholdet at arbeidstakeren i strid med instruks og påtale flere ganger hadde tatt seg inn på deler av bedriftens datasystem som han ikke hadde tilgang til. Han ble deretter innkalt til et møte, hvor han fikk valget mellom å bli avskjediget og å si opp selv. Arbeidstakeren skrev så en erklæring om at han sa opp sin stilling, men hevdet i ettertid at oppsigelsen var ugyldig. Han fikk ikke medhold i sin påstand. Det var her arbeidsgiveren som innkalte til møtet som førte til oppsigelsen. Retten kom etter en konkret vurdering til at

⁶⁴ Mo (1999)

⁶⁵ RG 1996 s.798

innkallelsen i dette tilfellet ikke representerte en overrumpning som kunne være et moment i arbeidstakerens favør i rimelighetsvurderingen. Det ble i denne anledning lagt vekt på at arbeidstakeren var klar over at det var oppstått en konfliktsituasjon mellom han og arbeidsgiver.

Arbeidstakerens personlige egenskaper kan også tillegges vekt i rimelighetsvurderingen. Det skal muligens mindre til før en ung og uerfaren⁶⁶ ansatt får godkjent et tilbakekall av oppsigelsen, eller medhold i påstanden om at det vil være urimelig å gjøre den gjeldende enn en med mer erfaring. Dette kan begrunnes i reelle hensyn. Imidlertid kan det ikke være slik at ungdom og uerfarenhet i seg selv er grunnlag for revisjon. Disse faktorene må ha hatt betydning for avtalens innhold for at det skal bli aktuelt å sette den til side som stridende mot avtaleloven § 36.⁶⁷

2.4.2.4 Innrettelseshensyn

Dersom arbeidsgiveren med rette har innrettet seg etter arbeidstakerens oppsigelse, kreves det nok noe mer før oppsigelsen skal kunne anses ugyldig etter § 36. Vurderingen henger nøye sammen med tidsmomentet som jeg kommer til nedenfor.

I dommen inntatt i LB – 2004 – 10508 var saksforholdet at den misfornøyde arbeidstakeren ba arbeidsgiver om et møte, som endte med at hun forlot arbeidsstedet. Det ble ansatt ny medarbeider allerede dagen etter at arbeidstaker sa opp, og lagmannsretten kom til at det etter forholdene var greit. Retten fant her at arbeidstakerens ønske om å slutte kom overraskende på arbeidsgiveren. Lagmannsrettens vurdering ble etter dette at det var klart berettiget av hensynet til selskapets drift at man innrettet seg på at arbeidstakerens fratreden var endelig. Det var åpenbart nødvendig snarest mulig å finne en ny medarbeider. Hensynet til selskapets drift ble ansett avgjørende på arbeidstakerens bekostning i denne saken.

⁶⁶ Johansen (2001) side 386

⁶⁷ Hov (1998) side 285

I dommen inntatt i RG 1996 s. 798 hadde arbeidsgiver innrettet seg etter oppsigelsen i den forstand at de øvrige ansatte og kunder var informert om at arbeidstakeren hadde sluttet. Dette ble ikke tillagt nevneverdig vekt i arbeidsgiverens favør, hvilket kan begrunnes med at arbeidsgiver ikke på noen måte hadde foretatt seg noe konkret som følge av oppsigelsen.

Forskjellen på disse sakene synes først og fremst å være at arbeidsgiveren i den første avgjørelsen hadde ansatt en ny i den tidligere ansattes stilling. Det forelå på denne bakgrunn en større grad av innrettelse.

Avtaleloven § 39 om tilbakekall oppstiller som vilkår at adressaten ikke har ”indrettet sig” etter utsagnet. Det som er lagt til grunn om forståelsen av dette vilkåret etter § 39, vil også være av betydning for rimelighetsvurderingen som skal foretas etter § 36.

Det følger av lovmotivene at en part har innrettet seg hvis han ”har foretatt noe som ikke uten skade eller uleilighet kan omgjøres, eller hvis han har unnlatt noe som han ellers ville ha gjort.”⁶⁸ I forhold til arbeidsgiver er det vanskelig å si noe generelt om når denne grensen er overskredet. Det synes klart at det ikke er tilstrekkelig at han rent psykisk har innrettet seg⁶⁹ etter arbeidstakerens oppsigelse, han må ha foretatt seg noe konkret som følge av den. Tenkelige eksempler på innrettelse er utbetaling av tilgodehavende lønn, ansettelse av andre, eller i det minste innledning en slik prosess, og at arbeidsgiveren beslutter å legge ned stillingen.⁷⁰

Omstendighetene tatt i betraktning kan det tenkes at det aksepteres en større grad av innrettelse før det blir uaktuelt å sette oppsigelsen til side etter § 36 enn etter § 39. Mens det etter § 39 er et vilkår at den andre parten ikke har innrettet seg, er det kun et av flere momenter i helhetsvurderingen som foretas etter § 36.

⁶⁸ Woxholth (2005) side 76.

⁶⁹ I.c.

⁷⁰ Gjone og Aagaard (2002) side 287

Dersom arbeidstaker umiddelbart har ansatt en ny arbeidstaker, kan det endelig være et moment i vurderingen om han burde ha leiet inn arbeidskraft for en kortere periode før han erstattet den tidligere arbeidstakeren på permanent basis. Dersom arbeidsgiver har ansatt en ny i stillingen, vil også tredjemanns forhold kunne komme i betraktning

2.4.2.5 Tidsmomentet

Tiden som har gått fra oppsigelsen kom til arbeidsgiverens kunnskap til arbeidstakeren trekker den tilbake, er også et moment i rimelighetsvurderingen.

Tidsmomentet er også et vilkår for tilbakekall etter avtaleloven § 39. Dette er fastslått gjennom rettspraksis.⁷¹ Vurderingen etter denne bestemmelsen må foretas konkret på bakgrunn av avtaleforholdets karakter. Dette generelle utgangspunktet må også kunne legges til grunn for vurderingen i forhold til § 36.

Når arbeidstaker hevder at avtalen er urimelig i henhold til § 36 vil ikke vilkårene om at det ikke skal ha gått for lang tid, og at adressaten ikke skal ha innrettet seg, virke som absolutte sperrer for urimelighet, slik som er tilfelle for tilbakekall etter § 39. Momentene vil allikevel tillegges vekt ved urimelighetsbedømmelsen. Jo lengre tid som har gått, jo mer skal det til før en vil si at det er urimelig å gjøre rett gjeldende.⁷²

Det må kunne antas at tidsmomentet i seg selv kan føre til at arbeidstakeren ikke får medhold i sin urimelighetsinnsigelse. Det er vanskelig å si noe generelt om hvor lang tid som kan aksepteres, da dette vil variere med arbeidstakerens stilling og arbeidsgiverens behov for avklaring på grunn av den videre drift. Antakelig må avgjørelsen bedømmes på bakgrunn av hvor gode grunner arbeidstakeren har for å skifte standpunkt.⁷³ Uavhengig av hvor lang tid som har gått, må det foretas en konkret helhetsvurdering før det eventuelt er

⁷¹ Rt 2005 s.1487. Premiss 53

⁷² Hov (1998) side 93

⁷³ Hov (1998) side 92

klart at tidsmomentet fører eller ikke fører til at det vil være urimelig å gjøre oppsigelsen gjeldende. Det kan ikke være slik at det oppstilles en generell grense for hvor lang tid som kan gå.

Et moment i tidsmomentvurderingen vil være om arbeidstakers oppsigelse har satt arbeidsgiver i en vanskelig situasjon. Dette vil kunne legitimere at han snarest mulig måtte innrette seg etter oppsigelsen ved å ansette en ny i stillingen, med den følge at oppsigelsen ikke kan settes til side selv om urimelighetsinnsigelsen påberopes relativt raskt.

I dommen inntatt i RG 2003 s.283 ble ikke arbeidsgiver hørt med at det var et viktig moment at det gikk lang tid fra avtalen ble inngått til arbeidstakeren hevdet at den ikke var gyldig. Avtalen ble inngått 28. august, og arbeidstakeren hevdet 3. januar det påfølgende år at avtalen var urimelig. Lagmannsretten uttalte at tiden som hadde gått var ”av en viss betydning,” men at det ikke var tilstrekkelig til å sette avtalen til side med hjemmel i avtaleloven. Saksforholdet i avgjørelsen var noe spesielt, da arbeidsgiver oppfordret arbeidstaker til å si opp mot fem måneders lønn. Dette ga en sterk indikasjon på at det i realiteten forelå en tilslørt oppsigelse fra arbeidsgivers side, og det lange tidsrommet som her ble akseptert vil neppe være illustrerende for hva som normalt vil godtas i praksis. Thor-Erik Johansen skriver i sin bok at han antar at det aksepterte tidsrommet vil være ”ganske kort, bare noen dager, og kortere om arbeidsgiveren i god tro har innrettet seg ved å disponere uten den som har sagt opp, eller startet en ansettelsesprosess.”⁷⁴ Dette er nok et fornuftig utgangspunkt i en normal situasjon. Når arbeidstaker først har gått til det skritt å si opp sin stilling, er det på eget ansvar. Dersom konsekvensene ikke er gjennomtenkt, må han selv bære risikoen for dette.

I dommen inntatt i RG 1996 s.798 trakk arbeidstakeren sin oppsigelse tilbake etter 18 dager. Lagmannsretten la til grunn at tilbakekallet ikke kom for sent til å kunne føre til urimelighet etter avtaleloven § 36. Arbeidstaker var her i psykisk ubalanse da hun sa opp,

⁷⁴ Johansen (2001) side 386

noe arbeidsgiver var klar over. Dette ble tillagt vekt i arbeidstakerens favør, og i en normalsituasjon er det derfor godt mulig at 18 dager vil være for lang tid. Dommen illustrerer at tidsmomentet ikke kan vurderes isolert, men må ses i sammenheng med de øvrige forhold.

2.4.2.6 Konkludent atferd fra arbeidstakerens side

Arbeidstakers egen atferd etter at oppsigelsen er et faktum, vil være et moment i rimelighetsvurderingen. Dersom han utad gir uttrykk for at arbeidsforholdet er avsluttet, for eksempel ved å rydde arbeidsplassen for personlige eiendeler, vil dette gi arbeidsgiver grunn til å regne med at arbeidstakeren har tatt sitt endelige valg. Annen konkludent atferd som ifølge rettspraksis kan indikere at arbeidsforholdet ikke lenger eksisterer er at arbeidstaker forlater arbeidsplassen i arbeidstiden, forteller andre medarbeidere at han har sluttet eller registrerer seg som arbeidsledig hos NAV. Dette er atferd som viser at arbeidstaker selv oppfatter det slik at han har sluttet.

En av grunnene til at denne type atferd er et moment i arbeidstakerens disfavør, er nok at den gir uttrykk for en endelig beslutning. Arbeidstakerens eventuelle påstander om at oppsigelsen var situasjonsutløst vil kunne svekkes ved en slik atferd.

Vurderingene av om arbeidstakeren har sagt opp og rimelighetsvurderingen etter § 36 er tett sammenknyttet. Dersom arbeidsgiveren har grunn til å tro at arbeidstakeren virkelig har sagt opp, skal det svært mye til før arbeidstakeren vil kunne høres med at det er urimelig av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende.

Arbeidstakerens opptreden forut for oppsigelsen kan også tillegges vekt i rimelighetsvurderingen. I avgjørelsen inntatt i LB – 2004-10508 la retten stor betydning på et vitnes forklaring om hvordan arbeidstakeren i forkant skulle ha uttrykt stor misnøye med forholdene på jobben, i slik grad at hun mente det var tydelig at arbeidstakeren ønsket å slutte. Dette tydet på at oppsigelsen til en viss grad var planlagt, og arbeidstakeren fikk i denne saken ikke medhold i sin påstand om ugyldighet etter avtaleloven § 36.

Det er mulig at saken kan stille seg annerledes dersom arbeidstaker også ved tidligere anledninger har sagt opp for så å trekke oppsigelsen tilbake, eller truet med å si opp. En slik atferd indikerer at arbeidstaker ikke handler i affekt, men at dette er noe han har ønsket å gjøre i lengre tid. På den annen side kan denne type atferd gi grunn til å tro at arbeidstakeren kommer med tomme trusler, og at det heller ikke denne gangen er ment alvorlig.

I motsatt retning trekker det hvis arbeidstaker forsøker å klargjøre situasjonen, dersom han oppfatter at partene har motstridende oppfatninger av hva som har skjedd. Dette vil tale mot at han virkelig har sagt opp. Arbeidsretten la i dommen inntatt i ARD 1981 s.410 vekt på arbeidstakernes opptreden etter episoden hvor de angivelig sa opp sitt arbeid med øyeblikkelig virkning. Dommen er avsagt før vedtakelsen av § 36, og omhandler direkte spørsmålet om avskjed var gitt etter at de tre arbeidstakere som forlot arbeidsstedet i arbeidstiden ble nektet gjeninntredelse. Den er allikevel av interesse for problemstillingen, da dette er en situasjon som i dag faller inn under bestemmelsens virkeområde. Dette vil derfor være et moment som kan være av betydning i rimelighetsvurderingen. Det uttales at partenes opptreden etter episoden under enhver omstendighet ga uttrykk for at de ”raskt innså at de hadde handlet ubetenksomt og at de angret det de hadde gjort.” Domstolen kom etter dette til at arbeidsgiver burde latt arbeidsforholdene gå videre, eventuelt ha sagt de opp på vanlig måte.

I praksis hender det at arbeidsgiver gir arbeidstaker en bekreftelse på det han oppfatter som en oppsigelse. Dersom arbeidstakeren er uenig, har han en oppfordring til å gi uttrykk for sin motstridende oppfatning på dette tidspunkt.⁷⁵ Ved bekreftelse eller passivitet etter en slik henvendelse har arbeidsgiver grunn til å tro at arbeidstaker virkelig har ønsket å si opp, og vil følgelig ikke ha noen grunn til å godta et senere tilbakekall. Det blir naturligvis klart vanskeligere å få medhold i at det vil være urimelig å gjøre oppsigelsen gjeldende dersom

⁷⁵ Mo (1999)

arbeidstakeren har undertegnet en erklæring om at disposisjonen fant sted etter en viss overveielse, og var frivillig.⁷⁶

Eksemplene fra rettspraksis viser at arbeidstaker i ettertid har mulighet til å påvirke utfallet av urimelighetsvurderingen. Dette harmonerer godt med muligheten domstolene har til å legge vekt på senere inntrådte forhold ved rimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36.

2.4.2.7 Konkludent atferd fra arbeidsgiverens side

Det er ikke bare arbeidstakers konkludente atferd som er av betydning for rimelighetsvurderingen. Arbeidsgivers etterfølgende opptreden kan skape en berettiget forventning hos arbeidstaker om at oppsigelsen ikke nødvendigvis medførte et endelig opphør av arbeidsavtalen. Dette vil være et moment i arbeidstakerens favør i rimelighetsvurderingen som skal foretas etter avtaleloven § 36.

Dersom arbeidsgiver har opptrådt ubestemt i ord og handling, kan resultatet bli at arbeidstaker får medhold i sin påstand om at det vil være urimelig å gjøre oppsigelsen gjeldende. I Bodø Båtforening-dommen var saksforholdet at arbeidstakeren bestred at han hadde sagt opp sin stilling, og ønsket å fortsette arbeidsforholdet. Arbeidsgiver ga skriftlig uttrykk for at han mente arbeidstaker hadde sagt opp, samtidig som han forsøkte å forlenge ansettelsesforholdet. Retten ga uttrykk for at dette, sammen med en rekke andre momenter, førte til at det ville være urimelig eller i strid med god skikk i arbeidslivet å gjøre oppsigelsen gjeldende. Dette ble forankret i avtaleloven § 36. I denne saken utviste begge parter ubestemt atferd, og det ville være urimelig om dette skulle ramme arbeidstakeren hardere enn arbeidsgiveren.

Arbeidsgiver har på lik linje med arbeidstaker oppfordring til å bringe på det rene hva partene virkelig har ønsket og ment. Siden arbeidsgiver er den antatt sterkeste parten i

⁷⁶ Johansen (2001) side 399

kontraktsforholdet, er det naturlig å anta at han er den som har hovedansvaret for å oppklare eventuelle misforståelser.⁷⁷

2.4.2.8 Senere inntrådte forhold

Avtaleloven § 36 åpner som nevnt innledningsvis for tilsidesettelse på grunn av etterfølgende forhold. Det er først og fremst dette som skiller urimelighetsvurderingen i § 36 fra de andre ugyldighetsvurderingene i avtaleloven.

En oppsigelse vil ofte ramme arbeidstakeren hardt, også når han selv har valgt å si opp. I LB – 2004 – 10508 hevdet arbeidstakeren forgjeves at oppsigelsen måtte kjennes ugyldig etter avtaleloven § 36 fordi oppsigelsen hadde fått dramatiske følger for arbeidstakeren, som på domstidspunktet fortsatt var arbeidsløs. Lagmannsretten fastslo her at vanskeligheter med å få nytt arbeid ikke er tilstrekkelig grunn til å kunne kreve etterfølgende omgjøring av retten av arbeidstakers egen beslutning om å slutte i jobben.

I dommen inntatt i NAD 1988 s.1365 var det ikke tilstrekkelig til å sette oppsigelsen til side som stridende mot § 36 at arbeidstakeren ble gående uten arbeid i sju måneder.

Avgjørelsene illustrerer at det skal svært mye til før vanskeligheter med å finne nytt egnet arbeid fører til at arbeidstaker får medhold i sin påstand om urimelighet på grunn av senere inntrådte forhold.

I Romsdals Fellesbank-dommen, omtalt under punkt 2.1, påberopte arbeidstaker forgjeves at ektefellens vansker med å få arbeid, samt problemer med å finne egen bolig, måtte føre til revisjon. Førstvoterende fant det ”temmelig klart” at påstanden ikke kunne føre frem. Dette ble begrunnet med at det ikke oppstod ”uventede vansker av en slik styrke” at avtalevilkåret kunne settes til side på dette grunnlag.

⁷⁷ Mo (1999)

Standpunktene som er lagt til grunn i rettspraksis gir uttrykk for at det skal mye til før arbeidstaker kan høres med denne typen argumenter. Dette er en naturlig følge av at situasjonen i høy grad er selvforskyldt. Etterfølgende omstendigheter som naturlig følger av oppsigelsen må arbeidstaker i stor grad selv ha risikoen for. Dersom han ikke har tenkt gjennom konsekvensene på forhånd, er dette i utgangspunktet hans eget ansvar. På den annen side er det en stor personlig og økonomisk belastning å være uten arbeid, slik at muligheten for tilsidesettelse i ekstraordinære tilfeller bør stå åpen. Det kan tenkes situasjoner hvor det ikke er rimelig at arbeidstakeren alene må bære risikoen for en uheldig uventet utvikling.

Generelt kan det sies at adgangen til avtalerevisjon jevnt over bør være begrenset til de tilfelle hvor en ikke har mulighet til å forutberegne risiko for en uheldig utvikling, og hvor det dessuten ikke vil være urimelig å la den uheldige part sitte igjen med risikoen for denne utviklingen.⁷⁸

Hensyn til senere inntrådte forhold vil ha størst betydning i de situasjoner hvor det er arbeidsgiveren som har tatt initiativet til oppsigelsesmøtet. Dersom arbeidstakeren selv har vært pådriveren i prosessen, vil det gjennomgående være rimelig å la han være den som bærer risikoen for de etterfølgende forhold.

Retten uttaler i NAD 1988 s.1365 at det er naturlig å anta at avtaleloven § 36 ikke i samme grad som i forretningspregede forhold er ment å skulle omfatte disposisjoner som oppsigelse, som får sin virkning umiddelbart når den er kommet til mottakernes kunnskap, når det i § 36 er sagt at ved rimelighetsvurderinger skal man også ta hensyn til senere inntrådte forhold. Etterfølgende forhold vil etter dette antakeligvis ha størst gjennomslagskraft i situasjoner hvor det har inntruffet store endringer en tid etter at avtalen ble inngått, likevel slik at ingen av partene kunne ha innsett mulighetene for dette. Disposisjonens egenart begrunner her den restriktive linje som legges til grunn for å godta

⁷⁸ Hov (1998) side 289

at senere inntrådte forhold tillegges vesentlig vekt ved vurderingen av om det vil være urimelig å gjøre arbeidstakers oppsigelse gjeldende. Det kan hevdes at hensynet til forutberegnelighet og tillit mellom partene i arbeidslivet tilsier at fratreden normalt ikke bør kunne fragåes.⁷⁹

Uttalelser som at vanskeligheter med å få nytt arbeid ”ikke er tilstrekkelig” og at ektefellens vansker med å få jobb samt problemer med å finne bolig ikke er ”uventede vansker av tilstrekkelig styrke,” gir imidlertid uttrykk for at det kan tenkes omstendigheter av denne art som kan gi grunnlag for tilsidesettelse etter avtaleloven § 36, selv om terskelen nok er høy. Så vidt vites finnes det ikke eksempler fra rettspraksis, verken fra underrettene eller fra Høyesterett, som setter en oppsigelse til side som urimelig på grunn av senere inntrådte forhold.

2.4.2.9 Særlige grunner

For tilbakekall etter avtaleloven § 39, må som nevnt to kumulative vilkår være oppfylt. Mottakeren må for det første ikke ha innrettet seg etter avtalen, og for det andre må det foreligge ”særlige grunner” på løftegiverens side. Forholdene som utgjør momenter i denne vurderingen, har også relevans i forhold til urimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36.

I Bodø Båtforening-dommen uttalte lagmannsretten at det samlet sett forelå ”særlige grunner” for at tilbakekallingen burde være bindende for partene. Dommen er avsagt under dissens 5-2. Saksforholdet i avgjørelsen var at daglig leder av en båtforening under et styremøte sa opp sin stilling med øyeblikkelig virkning. Spørsmålene i saken var om egenoppsigelsen ble tilbakekalt eller var ugyldig, slik at den likevel ikke var bindende mellom partene.

Rettens flertall fant for det første at oppsigelsen var tilbakekalt med bindende virkning. De ”særlige grunnene” flertallet la til grunn kan oppsummeres slik: Den muntlige oppsigelsen

⁷⁹ RG 2000 s. 1631 på s.1634

fremsto som uoverveid, plutselig og situasjonsutløst, arbeidsgiver unnlot å henvende seg til arbeidstaker i ettertid for å avklare hva han hadde ment da han forlot møtet, arbeidstaker meddelte etter kort tid det som innebar at han var uenig i eller tilbakekalte det som var hans egen oppsigelse, partene viste gjensidig interesse for tilrettelegging, og at arbeidsgiver i ord og handling opptrådte noe ubestemt overfor arbeidstaker.

I forhold til § 36 fant flertallet bevist at arbeidstakerens egen oppsigelse var ugyldig. Resultatet fremsto etter en samlet vurdering av oppsigelsens innhold, partenes stilling og forholdene ved oppsigelsens avgivelse, samt senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig. Lagmannsretten fant etter dette at det ville være urimelig eller i strid med god skikk i næringslivet å gjøre oppsigelsen gjeldende.

Det synes som om momentene som fremheves i forhold til §§ 39 og 36 i høy grad er sammenfallende. De ”særlige grunnene” flertallet påberoper som grunnlag for at oppsigelsen er gyldig tilbakekalt, er i realiteten de samme som begrunner ugyldighet etter generalklausulen.

2.4.2.10 Oppsummering

Dersom arbeidstakeren hevder at det vil være urimelig å gjøre oppsigelsen gjeldende, foretar domstolen en bred rimelighetsvurdering for å ta stilling til denne påstanden. Omstendighetene rundt oppsigelsessituasjonen vil stå helt sentralt i vurderingen.

Gjennomgangen av rettspraksis viser at den største fellesnevneren i sakene hvor arbeidstaker har fått medhold i sin påstand, er at arbeidsgiveren i den foreliggende situasjon ikke hadde saklig grunn til oppsigelse. Motsetningsvis har han hatt det i de sakene hvor arbeidstakeren ikke har vunnet frem. Det er følgelig helt sentralt å avgjøre om arbeidsgiver hadde saklig grunn til oppsigelse. Domstolene har imidlertid lagt til grunn at terskelen for å

kjenne arbeidstakerens oppsigelse ugyldig etter avtaleloven § 36 ligger høyere og forutsetter mer enn at vilkårene for arbeidsgiverens oppsigelse ikke var til stede.⁸⁰

Det er interessant å merke seg at ingen av lagmannsrettene henviser til tidligere praksis i de behandlede dommene. Dette kan ha en sammenheng med at rimelighetsvurderingen som skal foretas etter § 36 er helt konkret, slik at momentene som vektlegges ikke i særlig grad vil være av betydning for utfallet i andre saker. På den annen side går de samme momentene igjen i flere av avgjørelsene, slik at det ikke ville ha vært unaturlig om dette ble gjort.

2.4.3 Arbeidsgivers oppsigelse

Det er først og fremst ved tilbakekall av arbeidstakers egen oppsigelse det oppstår spørsmål om urimelighet etter avtaleloven § 36. Selv om det ikke er like praktisk, gjelder prinsipielt de samme regler i situasjoner hvor det er arbeidsgiver som ønsker å trekke tilbake sin oppsigelse av arbeidstaker.⁸¹

Gjennom NAD 1987 s. 541 er det avklart at arbeidsgiver ikke kan trekke oppsigelsen tilbake bare fordi han forstår at han har en dårlig sak, og på denne måten forhindre et berettiget erstatningssøksmål fra arbeidstakeren.⁸²

Det må videre kunne legges til grunn at arbeidsgiver ikke under noen omstendighet kan ha en videre adgang til å trekke tilbake oppsigelsen enn arbeidstakeren. Dette følger av lovens system med ikke å gi noen av partene en fordelaktig stilling.

I den ovennevnte dom var saksforholdet at arbeidsgiver sa opp en sykemeldt arbeidstaker, men senere trakk oppsigelsen tilbake i forhandlingsmøte. Retten la til grunn at oppsigelsen

⁸⁰ RG 1996 s.798

⁸¹ Mo (1999)

⁸² Mo (1999)

ikke gyldig kunne trekkes tilbake med virkning for arbeidstakerens erstatningskrav, og at oppsigelsen var usaklig.

Retten uttaler i samme dom at rettspraksis ikke har lagt til grunn at det foreligger noen alminnelig rett for arbeidstaker til ensidig å trekke en oppsigelse tilbake. Etter rettens mening ville det være” lite sammenheng i regelverket dersom en arbeidsgiver som bringer arbeidsforholdet til opphør, slik at de særregler som gjelder ved behandling av oppsigelsessaken og som i stor grad tar sikte på å beskytte arbeidstakerens interesser kommer til anvendelse, skulle stå friere til ensidig å trekke tilbake enn en arbeidstaker ville gjøre.” Harmoni og sammenheng i regelverket tilsier altså at reglene må være de samme for begge parter.

Selv om arbeidstakeren i mange tilfelle nok vil sette pris på ikke å være oppsagt allikevel, er det følgelig ikke slik at han nødvendigvis er forpliktet til å godta at oppsigelsen trekkes tilbake med bindende virkning for begge parter. Han kan ha gode grunner for ikke å ønske at arbeidsforholdet skal fortsette i denne situasjonen.

2.5 Fallskjermavtaler

En fallskjermavtale er en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om at arbeidstaker kan sies opp med umiddelbar virkning mot et på forhånd fastsatt vederlag. Fallskjermavtaler inngås i praksis mellom et selskaps leder og styret. Det er begrenset hvem som får kjennskap til avtalens eksistens.⁸³

Det følger av arbeidsmiljølovens regler at det er tillatt å inngå fallskjermavtaler i norsk rett. Arbeidsmiljøloven § 15-6 fastslår at reglene om oppsigelse i kapittelet ikke gjelder for ”virksomhetens øverste leder dersom vedkommende i forhåndsavtale har sagt fra seg slike rettigheter mot etterlønn etter avtale”. En slik avtale kan inngås i tillegg til en ordinær ansettelsesavtale, enten i forbindelse med ansettelsen eller senere, eller inntas som en del av ansettelsesavtalen. Det avgjørende er at den er inngått før en eventuell beslutning om oppsigelse foreligger.

Det kan være flere grunner for bruk av fallskjermavtaler. Et styre kan ha problemer med å begrunne saklighet i oppsigelsen, eller man kan mene at et sluttbeløp eller en pensjon er riktig i seg selv. Toppledere tar en betydelig risiko, og i denne anledning kan det være naturlig at de gis en viss form for kompensasjon hvis ting skulle gå galt.⁸⁴

Kontraktforholdets egenart har stor betydning ved vurderingen av revisjonsspørsmålet. En fallskjermavtale er ikke en gjensidig bebyrdende avtale hvor partenes rettigheter og plikter kan måles mot hverandre innenfor rammen av selve avtaleforholdet. Fallskjermavtaler utgjør av denne grunn en avtaletype hvor det ikke vil være kurant å foreta en lempning etter avtaleloven § 36.⁸⁵ Lagmannsretten uttalte i LB-1998-750 at dette kan stille seg annerledes dersom det er ”et langvarig kontraktsforhold hvis forutsetninger er vesentlig endret,” og

⁸³ Ivar Kamsvåg: Fallskjermer lukter. Tilgang: <http://www.Oslo.net/historie/cw/utg/9429/cw94294.html>

⁸⁴ I.c.

⁸⁵ Woxholth (2005) side 392

kom i denne saken til at avtalen kunne settes til side. Høyesterett kom imidlertid til et annet resultat, se like nedenfor.

2.5.1 Breivik-dommen

I Breivik-dommen, inntatt i Rt 2000 s.610 var saksforholdet at partene hadde inngått en forhåndsavtale arbeidsgiver nå hevdet det var urimelig å gjøre gjeldende. Saken gjaldt spørsmålet om en forretningsbank under avvikling var bundet av en pensjonsavtale, som ble inngått ved administrerende direktørs fratreden fra sin stilling i banken. En enstemmig Høyesterett kom til at avtalen var gyldig.

Arbeidsgiveren påberopte seg at arbeidstakerens medvirkning til de problemene Oslo-banken kom opp i måtte føre til at det var urimelig å gjøre avtalen gjeldende. Videre hevdet han at bankens insolvens, bankens avvikling, de rettigheter arbeidstaker oppnådde ved fratredelsesavtalen ellers, at pensjonsavtalen på grunn av sitt innhold ikke var beskyttelsesverdig og at arbeidstakerens muligheter for ved nye avtaler å kunne sikre seg og sin familie gode pensjonsrettigheter måtte være tilstrekkelig til å sette avtalen til side i medhold av § 36. Retten uttalte at bankens argumenter ikke ga grunnlag for å fastslå at det ville være urimelig eller i strid med god forretningsskikk å gjøre pensjonsavtalen gjeldende. Høyesterett ga ikke uttrykk for tvil angående sitt resultat.

Dommen gir signaler om at det skal atskillig til for at en kontraktspart i kommersielle avtaler skal kunne trekke tilbake tilsagte goder fordi det i ettertid oppstår forhold som gjør at arbeidsgiveren angrep på sin tidligere rundhåndethet.⁸⁶

2.5.2 Fallskjermavtalers gyldighet

Det er interessant å merke seg at det i denne situasjonen er arbeidsgiver som hevder at det vil være urimelig å gjøre avtalen gjeldende. Avtaleloven § 36 har som nevnt til formål å

⁸⁶ Woxholth (2005) side 393

beskytte den svakere part, som gjennomgående vil være arbeidstaker, mot misbruk av avtalefriheten. Arbeidsgiver er i utgangspunktet en profesjonell aktør som selv må bære risikoen for de valgene han har tatt.

Ulempene som oppstår ved en slik avtale vil gjennomgående være av en slik art som avtaleloven § 36 ikke tar sikte på å ramme. Avtalen vil stort sett være inngått for at arbeidsgiver skal oppnå den fordel det kan være å ha mulighet til å si opp arbeidstakeren med umiddelbar virkning, og for å gi arbeidstakeren kompensasjon for den risikoen han løper. Dette kan anses som en form for spekulasjon, hvilket normalt ikke gir grunnlag for revisjon etter avtaleloven § 36. Det vil i denne situasjonen stort sett være rimelig å la parten bære risikoen for en uforutsett uheldig utvikling. Dette er et moment som tilsier at det bør utvises stor forsiktighet ved å anvende § 36 på denne type avtaler.

Fallskjermavtaler får tidvis stor omtale i norske medier. De argumenter som vanligvis brukes til fordel for en revisjon av fallskjermavtaler har sitt utspring i forhold utenfor avtaleforholdet, i første rekke vurderinger som gjøres av media, politikere og opinion.⁸⁷ I massemedia har søkelyset først og fremst vært rettet mot avtaler hvor avgangsvederlaget fremtrer som svært høyt.⁸⁸ Dette tilsier en svært forsiktig anvendelse av avtaleloven § 36 ved denne avtaletypen.

Det er en alminnelig oppfatning i norsk rett at det bare unntaksvis kan komme på tale å revidere fallskjermavtaler.⁸⁹ Selve avtaletypen har særtrekk som plasserer dem i periferien av lovformålet bak avtaleloven § 36,⁹⁰ og det er kun i ekstraordinære tilfelle det kan bli aktuelt å sette en fallskjermavtale til side på grunn av urimelighet.

⁸⁷ Woxholth (2005) side 392

⁸⁸ Hov (1998) side 278

⁸⁹ Woxholth (2005) side 392-393

⁹⁰ Woxholth (2005) side 392

2.6 Konkurransseklausuler

Mange bedrifter er svært sårbare i forhold til ansatte som slutter og starter konkurrerende virksomhet eller begynner hos en etablert konkurrent. Arbeidstakers lojalitetsplikt gjelder til en viss grad også etter at arbeidsforholdet er avsluttet, men dette er ikke alltid tilstrekkelig til å forhindre slik atferd. Ved å innta konkurranseklausuler i arbeidsavtaler, vil virksomheten et stykke på vei kunne avhjelpe problemet⁹¹ med uønsket konkurranse fra sine tidligere ansatte.

Et rent konkurranseforbud er en forpliktelse bedriften pålegger en ansatt til ikke å drive, ta ansettelse eller yte annen mulig form for bistand til virksomheter som er engasjert innenfor et nærmere avgrenset område i forbindelse med opphør av arbeidsforholdet.⁹² Behovet for klausulen, og dens varighet, må vurderes konkret i det enkelte tilfelle.⁹³ Konkurransseklausuler forekommer hyppig i arbeidsavtaler.⁹⁴

I den tiden konkurranseklausulen består vil arbeidsgiver, i motsetning til ved bindingsklausuler, ikke ha noen forpliktelse til å få arbeidstakeren i arbeid. Det er i utgangspunktet heller ikke noe krav at arbeidstaker oppnår et vederlag. En følge av dette er at man kan anta at bindingsklausulene generelt vil kunne strekke seg lengre i tid enn konkurranseklausulene,⁹⁵ da de gir arbeidstakeren visse fordeler som han ellers ikke ville ha oppnådd.

⁹¹ Homble (2005)

⁹² Storeng, Beck og Due Lund (2004) side 20- 21

⁹³ Kroken, Nina: Konkurransseklausuler i et stramt arbeidsmarked. Tilgang: http://www.foyen.no/templates/Artikkel_1523.aspx

⁹⁴ Johansen (2001) side 457

⁹⁵ Arbeidsrett.no Bindingsklausuler punkt 10. Tilgang: <http://www2.arbeidsrett.no/page/mainpage/jsp>

Konkurransseklausuler må være balanserte og rimelige. Det vil derfor normalt være et vilkår for klausulens gyldighet at den kompenseres økonomisk, spesielt hvis forbudet utgjør et effektivt yrkesforbud.⁹⁶

Det er to tungtveiende hensyn som står mot hverandre når konkurransseklausulers gyldighet skal vurderes. På den ene siden arbeidsgivers saklige behov for ikke å lære opp ansatte til å bli bedriftens fremtidige konkurrenter, på den annen den ansattes behov for å gå videre i karrieren med det han har lært.⁹⁷

2.6.1 Avtaleloven § 38

En klausul om konkurranseforbud vil normalt medføre en betydelig begrensning i den tidligere ansattes handlefrihet. Det er av denne grunn nødvendig med en lovbestemmelse som begrenser gyldigheten av en slik klausul. Avtaleloven § 38 regulerer gyldigheten av konkurransseklausuler. Bestemmelsen har, i motsetning til § 36 som ble innført i 1983, stått tilnærmet uforandret siden avtaleloven ble vedtatt i 1918.

Avtaleloven § 38 gjelder etter sin ordlyd kun for avtaler hvor noen av konkurransehensyn har forpliktet seg til ikke å ”ta plads eller drive forretning eller virksomhet av en viss art.” Avtaler med et slikt innhold kan gyldig avtales med mindre de ”urimelig innskrenker hans adgang til erhverv eller maa anses for at strække sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse.” Ved avgjørelsen av om et konkurranseforbud er urimelig, må både hensynet til samfunnet og den forpliktete selv tas i betraktning.⁹⁸

⁹⁶ Bindingstid og konkurransseklausuler. Tilgang: http://www.pretor.no/pdf/Pretor_nyhetsbrev_0207.pdf

⁹⁷ Skarning, Nicolay: Konkurransseklausuler – en undervurdert sikring av bedriftens verdier?

Tilgang: <http://www.bullco.no/default.aspx?id=2561>

⁹⁸ NOU 1979:32 side 35

2.6.1.1 Medpro-dommen

I dommen inntatt i Rt 2006 s.1025 uttales det at avtaleloven § 38 er gitt til vern av arbeidstakerne, og at vurderingen av i hvor stor grad konkurranseklausuler skal være bindende er et utpreget politisk spørsmål.

Høyesterett fastslår at lovens ordning i korte trekk er at arbeidsgiver og arbeidstaker gyldig kan inngå konkurranseklausuler, men at avtaleloven § 38 første ledd gir anvisning på en rimelighetskontroll av klausulens innhold.

Grensen mellom det rimelige og det urimelige vil for det første avhenge av forbudets varighet. Jo lengre konkurranseforbudet strekker seg, jo mer kreves det av de øvrige momenter for at klausulen skal stå seg i rimelighetsvurderingen.

Andre relevante faktorer vil i denne sammenheng være hvilke andre muligheter arbeidstakeren har for arbeid. Dette må ses i sammenheng med hans utdanning og arbeidserfaring. Dersom konkurranseklausulen setter en effektiv sperre for hans mulighet til å ta seg arbeid, kreves det mindre før den vil kunne bli satt til side i medhold av avtaleloven § 38.

2.6.1.2 Konkurransesklausulers gyldighet

Rettspraksis synes som hovedregel å ha akseptert konkurranseforbud med varighet inntil ett år uten vederlag. I teorien er det antydning at konkurranseklausuler med opp til to års varighet uten vederlag vil kunne være gyldige.⁹⁹ Disse utgangspunktene må suppleres med de øvrige omstendighetene rundt konkurranseforbudet.

Først og fremst vil klausulens varighet utgjøre et sentralt moment i vurderingen.

Klausulens gyldighet avhenger først og fremst av hvor inngripende den er. Hvis klausulen nedlegger forbud mot alle former for erverv, vil den regulært være ugyldig. Dersom

⁹⁹ Jakhelln (2007) side 320

forbudet er begrenset til å forby den ansatte å ta stilling hos visse konkurrenter, eller å holde seg unna visse kunder, leverandører eller produkter, vil den ofte være gyldig.¹⁰⁰

De økonomiske forhold som er avtalt mellom partene i karantenetiden vil også være av betydning. Dersom arbeidsgiver har betalt arbeidstaker en form for vederlag for å godta klausulen, vil den lettere bli opprettholdt av domstolene.¹⁰¹ Kompensasjon ikke et vilkår for klausulens gyldighet, men kan allikevel utgjøre et moment i rimelighetsvurderingen.

Konkurransesklausuler kan i utgangspunktet ikke gjøres gjeldende for ansatte på lavere nivå i bedriften, jfr avtaleloven § 38 annet ledd. Disse arbeidstakerne vil normalt ikke ha hatt innsyn i driften og kjennskap til forhold som på en uakseptabel måte kan utnyttes av konkurrenter.¹⁰²

2.6.2 Forbud mot å overta kunder eller medarbeidere

De såkalte ”rappeklausuler” regulerer arbeidstakers rett til å knytte til seg tidligere kolleger, kunder o.a. fra tidligere arbeidsgiver¹⁰³ når han begynner å jobbe for en ny arbeidsgiver eller starter for seg selv.

Klausuler som forbyr en medarbeider å overta eller betjene tidligere kunder, eller å overta eller påvirke kolleger til å gå over i konkurrerende virksomhet står både faktisk og juridisk i en annen stilling enn de rene konkurransesklausuler. Rappeklausuler forbyr ikke noen å drive virksomhet ”av en viss art,” men å utføre denne virksomheten overfor bestemte

¹⁰⁰ Skarning, Nicolay: Konkurransesklausuler – en undervurdert sikring av bedriftens verdier?

Tilgang: <http://www.bullco.no/default.aspx?id=2561>

¹⁰¹ Hvardal, John Aage: Konkurransesklausuler i arbeidsavtaler.

Tilgang: <http://www.codex.no/default.asp?ID=196>

¹⁰² Hvardal, John Aage: Konkurransesklausuler i arbeidsforhold.

Tilgang: <http://www.codex.no/default.asp?ID=196>

¹⁰³ Fougner (2006)

kunder eller med tidligere kolleger.¹⁰⁴ Klausuler med et slikt innhold faller følgelig utenfor virkeområdet til avtaleloven § 38.

Denne type klausuler kan imidlertid være minst like virksom mot konkurranse for bedriften, da den begrenser adgangen til å frata virksomheten kunder eller øvrige medarbeidere.¹⁰⁵ Det finnes ikke en egen bestemmelse som regulerer denne situasjonen, og gyldighetsvurderingen må følgelig foretas med utgangspunkt i generalklausulen i avtaleloven § 36.

Rappeklausuler kan utformes på forskjellige måter. Den mest inngripende varianten innebærer et totalt forbud mot å drive forretninger med tidligere kunder eller ansette tidligere medarbeidere i et bestemt tidsrom. En annen tenkelige versjon er et forbud mot å påvirke disse til å bli med ut av virksomheten innenfor en tidsbestemt periode.

I forhold til avtaleloven § 36 er det totalforbudet som vil være mest problematisk. Forbudet mot å påvirke andre til å forlate tidligere arbeidsgiver kan vanskelig sies å være urimelig, kanskje med unntak av forbud som strekker seg over svært lang tid. Denne formen for forbud kan også forsvares ut fra arbeidstakerens alminnelige lojalitetsplikt. Som nevnt innledningsvis vil denne til en viss grad gjør seg gjeldende også etter arbeidsforholdets opphør.

Begrensningene rappeklausulene oppstiller i den tidligere ansattes handlefrihet, vil normalt være mindre inngripende enn konkurranseklausuler som innebærer et absolutt forbud mot å utføre bestemte tjenester i fremtiden. De vil stort sett ikke ha like inngripende betydning for arbeidstakerens fremtidige mulighet for erverv. Arbeidstaker vil i denne situasjonen stå fritt i forhold til yrkesutøvelse, men ikke i forhold til hvem han kan tilby sine tjenester. I tillegg vil konkurransebegrensningen ofte være av vesentlig betydning for arbeidsgiverens virksomhet. Disse momentene indikerer at det skal svært mye til før rappeklausuler settes

¹⁰⁴ Andersen (2005)

¹⁰⁵ Andersen (2005)

til side i medhold av avtaleloven § 36. Kortvarige forpliktelser med begrenset saklig anvendelsesområde i en tidsbegrenset periode etter oppsigelsestidens utløp, vil gjennomgående stå seg i forhold til § 36. Klausulens lengde vil stort sett være det springende punkt i forhold til dens gyldighet. Det er vanskelig å si noe generelt om hvilken lengde som kan aksepteres, da dette varierer med hvor inngripende klausulen er for den enkelte arbeidstaker.

Så vidt vites finnes det ikke eksempler på at Høyesterett har tatt stilling til rappeklausulers gyldighet. To lagmannsrettsdommer har behandlet spørsmålet.

Dommen inntatt i LA – 2004 – 1961 gjaldt en arbeidsavtale der arbeidstaker i forbindelse med ansettelsen undertegnet en avtale hvor han forpliktet seg til ikke å ”overta eller medvirke til at andre overdrar produkter, agenturer eller lignende.” Saken gjaldt krav om erstatning som følge av påstått brudd på konkurranseklausulen.

Arbeidsgiveren fikk i denne saken ikke medhold i sin påstand. Lagmannsretten fant det ikke bevist at arbeidstaker faktisk hadde medvirket til at hans nye arbeidsgiver hadde overtatt en forhandleravtale fra hans tidligere arbeidsgiver. Det avgjørende moment i denne saken var følgelig at arbeidstakeren ikke bevisst hadde gått inn for å ta med seg kunden da han skiftet arbeidsgiver.

I rimelighetsvurderingen vil det også være et sentralt moment om avtalens innhold, rekkevidde og formål i hovedsak har fremstått klart for arbeidstakeren.¹⁰⁶ Dersom arbeidstakeren har vært klar over og akseptert den foreliggende klausul, kan han ikke senere høres med at den er urimelig, med mindre det har inntruffet spesielle omstendigheter.

¹⁰⁶ LH-2002-1071

Det stilles antakelig forskjellige krav til hva man forventer at arbeidstakeren skal forstå av klausulen. Dommen inntatt i LH-2002-1071 omhandler også arbeidsgivers krav om erstatning for arbeidstakers påståtte brudd på konkurransebestemmelse. Arbeidstakeren hadde her underskrevet en avtale som forbød han å levere tjenester til noen av arbeidsgiverens kunder, samarbeidspartnere eller underleverandører i et halvt år etter fratreden. Lagmannsretten fremhevet at avtalens innhold, rekkevidde og formål i hovedsak fremsto klart for arbeidstakeren, som ”var utdannet jurist og derved hadde gode forutsetninger for å forstå dette.” Konkurransklausulen ble her opprettholdt etter sitt innhold. Dette illustrerer at arbeidstakerens personlige egenskaper kan tillegges vekt i denne forbindelse.

Lagmannsretten tok i saken stilling til klausulens gyldighet både i forhold til avtaleloven § 38 og § 36. Det uttales i denne forbindelse at det neppe vil ha avgjørende betydning om spørsmålet avgjøres etter den ene eller den andre bestemmelsen. Da § 38 etter sin ordlyd kun gjelder for avtaler hvor noen har forpliktet seg til at ”...han av konkurransehensyn ikke skal ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art”, kan det diskuteres om dette er feil lovanvendelse. Rappeklausuler forbyr ikke noen å utføre virksomhet av en ”viss art”, men å utføre denne overfor bestemte kunder eller med tidligere kolleger.¹⁰⁷

2.6.2.1 Rappeklausulers gyldighet

Det kan tenkes at det vil være urimelig å gjøre en avtale som forbyr arbeidstakeren å tilby tidligere kunder sine tjenester gjeldende, dersom kunden selv helt uoppfordret følger arbeidstakeren. Det vil ofte være de personlige relasjonene, ikke tilknytningen til firmaet, som er avgjørende for hva de ønsker å gjøre.

Dersom den tidligere arbeidstaker ikke har gjort en aktiv innsats for å tilegne seg kundene hos sin nye arbeidsgiver, er det mulig det kan bli aktuelt å sette avtalevilkåret til side som

¹⁰⁷ Andersen (2005)

stridende mot avtaleloven § 36. Det kan neppe oppstilles et krav om at den tidligere arbeidstaker må foreta seg noe for å forhindre at kundene følger han.

Som et alminnelig utgangspunkt kan man gå ut fra at den tidligere arbeidstakeren må avstå fra enhver opptreden som tjener til å verve arbeidsgiverens kunder og medarbeidere, eller frata han oppdrag.¹⁰⁸ Dersom dette kravet er oppfylt, kan det tenkes at arbeidstakeren kan høres med at det vil være urimelig å gjøre avtalen gjeldende med den følge at den settes til side i medhold av § 36.

Rappeklausuler kan være svært vanskelig å håndheve i praksis. Dersom arbeidsgiver skulle få medhold i at klausulen ikke skal settes til side i medhold av § 36, er virksomhetens tap fortsatt det samme hvis kunden eller medarbeideren av andre grunner ønsker å avslutte sitt arbeidsforhold. Arbeidsgiver har i denne situasjonen lite å tjene på at tidligere medarbeidere er forhindret fra å betjene og ansette dem. Dette gjør erstatningskrav som følge av brudd på rappeklausuler vanskelige.¹⁰⁹ I en normalsituasjon vil allikevel rappeklausuler kunne ha en viss preventiv virkning, og kunne forhindre at den tidligere arbeidstaker kaprer medarbeidere og kunder på arbeidsgiverens bekostning.

2.6.3 Forholdet mellom avtaleloven § 36 og § 38

Avtaleloven § 38 faller etter sin ordlyd inn under området for den allmenne generalklausul i avtaleloven § 36.¹¹⁰ Det synes ikke som om § 36 har noen nevneverdig betydning i forhold til konkurranseklausulene¹¹¹ som faller inn under virkeområdet til § 38. De rene konkurranseforbud vil derfor løses med utgangspunkt i § 38.

¹⁰⁸ Gjone og Aasgaard (2002) side 264

¹⁰⁹ Andersen (2005)

¹¹⁰ NOU 1979:32 side 62

¹¹¹ Dege (2003) side 261

Klausuler som ikke direkte forbyr konkurranse, men som allikevel begrenser arbeidstakers yrkesutøvelse, vil derimot bedømmes med utgangspunkt i § 36. Avtaleloven § 38 regulerer ikke denne situasjonen, da rappeklausuler ikke forbyr arbeidstakeren å drive forretning ”av en viss art”.

Begge bestemmelsene angir rimelighetsstandarder med utgangspunkt i en avveining mellom momenter tilknyttet arbeidsgivers/ny eiers behov for beskyttelse og arbeidstakers/tidligere eier eller medeiers behov for det.¹¹²

Urimelighetskriteriet er likelydende i §§ 36 og 38. Den spesielle regel i § 38 er mer detaljert enn den generelle regelen i § 36, og ble derfor opprettholdt ved vedtakelsen av § 36. Begrunnelsen for dette var at § 38 omhandler en spesiell type avtaler. Bestemmelsens annet ledd stiller for enkelte situasjoner opp et klart utgangspunkt om at slike avtaler er ugyldige. Utvalget fant at denne mer presise reguleringen burde opprettholdes. Det ble også vist til at denne løsningen ville skape best ensartethet på nordisk plan.¹¹³

Dersom avtalen faller inn under bestemmelsen om konkurranseklausuler vil denne følgelig bli foretrukket av domstolene, da den angir hvilke momenter som vil være relevante for vurderingen. § 36 kommer til anvendelse på klausulene som ikke direkte forbyr arbeidstakeren å drive virksomhet ”av en viss art”, hvilket er kriteriet for at § 38 skal komme til anvendelse. Rappeklausulers gyldighet behandles av denne grunn etter § 36.

¹¹² Andersen (2001)

¹¹³ NOU 1979:32 side 61-62

3 Tariffavtaler

I arbeidstvistloven¹¹⁴ § 1 nr 8 defineres tariffavtale som en ”avtale mellom fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsforhold eller andre arbeidsforhold.”

For at en tariffavtale skal være bindende for partene, må den ikke rammes av noen ugyldighetsgrunn. Dette innebærer for det første at reglene i arbeidstvistloven må følges. Videre er det klart at avtalelovens alminnelige ugyldighetsregler får anvendelse overfor tariffavtaler, dette ble lagt til grunn av Arbeidsretten så tidlig som i ARD-1945-48-1. Domstolen benyttet i denne saken de alminnelige ugyldighetsreglene i avtaleloven for å ta stilling til en tariffavtales gyldighet.

Kristen Andersen har uttalt at avtalelovens ugyldighetsregler etter alt å dømme vil være særdeles upraktiske på det området vi her befinner oss. Når avtalen blir til etter tøffe forhandlinger mellom partene, kan ikke den ene parten i ettertid hevde han ble utsatt for rettsstridig tvang. Skal det være grunnlag for ugyldighet i slike tilfeller, må man stå overfor tilfeller som klart atskiller seg fra den vanlige forhandlingssituasjonen hvor partene vil være under et sterkt press. Uttalelsen er fra tiden før vedtakelsen av § 36, men det er grunn til å tro at resonnementet også gjelder i forhold til denne bestemmelsen.¹¹⁵

Avtalepartene i en tariffavtale vil gjennomgående være profesjonelle organisasjoner, og allerede dette tilsier en varsom bruk av avtaleloven § 36 på denne typen avtaler. Dette kan

¹¹⁴ Arbeidstvistloven av 5. mai 1927 nr. 1

¹¹⁵ Fougner (2004) side 133

begrunnes i at lovens formål, som er å beskytte den svakere part mot misbruk av avtalefriheten¹¹⁶, ikke passer så godt i denne situasjonen.

Tariffavtaler inngås i praksis ofte for to år av gangen.¹¹⁷ Det vil i alminnelighet være mindre behov for revisjon av avtaler som inngås for en såpass kort periode, da eventuelle skjevheter kan rettes opp når det skal fremforhandles ny avtale. Det vil derfor sjelden oppstå en tilstrekkelig kvalifisert urimelighet ved slike kortvarige avtaler.

3.1 Forarbeider

Det fremgår klart av forarbeidene til avtaleloven § 36 at det skal svært mye til før en tariffavtale vil kunne settes til side i medhold av denne bestemmelsen. Det uttales for det første at man etter komiteens mening må stille ”ekstra strenge krav” for å bruke lempningsregelen overfor tariffavtaler. Videre legger komiteen til grunn at selv om slike avtaler i prinsippet omfattes av bestemmelsen, er dette en type avtaler rettsapparatet skal være forsiktig med å overprøve.¹¹⁸

De klare uttalelsene i forarbeidene gir uttrykk for at det kreves mer enn vanlig for å sette til side en tariffavtale. Nøyaktig hvor mye som skal til, er imidlertid et spørsmål det overlates til domstolene å ta stilling til. Ettersom det per i dag ikke finnes eksempler på at domstolene har satt en tariffavtale til side som ugyldig på grunn av urimelighet etter § 36, er det et åpent spørsmål hvor markert urimeligheten må være før dette kan bli aktuelt.

¹¹⁶ NOU 1979:32 side 5

¹¹⁷ Jakhelln (2007) side 100

¹¹⁸ Innst.O nr 31 (1982-1983) side 3

3.2 Rettspraksis

Som en følge av det dobbeltsporede prosesssystem på arbeidsrettens område, vil tariffrettslige spørsmål kunne bli reist både for de ordinære domstoler og for Arbeidsretten.¹¹⁹

Høyesterett tok stilling til avtaleloven § 36 betydning for tariffavtaler i Rt 1996 side 1696. Sakens hovedspørsmål var forståelsen av en oppsigelsesklausul. Domstolen fastslo uten videre drøftelse at avtaleloven § 36 har begrenset betydning for tariffavtalers gyldighet. Uttalelsen fremstår nærmest som et obiter dictum, da førstvoterende etter å ha tatt stilling til om § 36 har selvstendig betydning i denne saken uttaler at bestemmelsen ”for øvrig har begrenset betydning” ved denne type avtaler.

Dommen inntatt i Rt 2001 s.71 gjaldt gyldigheten av oppsigelser fra stillinger på flyttbar plattform på kontinentalsokkelen. Høyesterett slo her fast at domstolen ”åpenbart” bør vise ”stor tilbakeholdenhet” med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet. En naturlig språklig forståelse av uttalelsen tilsier at det kun er i ekstraordinære situasjoner det kan bli aktuelt å sette tariffavtaler til side i medhold av § 36.

Høyesteretts knappe uttalelser gir klare signaler om landets øverste domstols holdning til å anvende avtaleloven § 36 på tariffavtaler.¹²⁰ Standpunktene som legges til grunn er i overensstemmelse med de klare uttalelsene i forarbeidene, og Arbeidsrettens avgjørelser som jeg kommer tilbake til nedenfor.

¹¹⁹ Jakhelln (2007) side 122

¹²⁰ Fougner (2004) side 133

3.3 Arbeidsrettens praksis

Arbeidsretten har fulgt opp forarbeidenes uttalelser ved konsekvent å være tilbakeholdne med å anvende § 36 som grunnlag for revisjon av tariffavtaler.¹²¹

Arbeidsretten tok stilling til problemstillingen i ARD 1990-15. Tvistespørsmålet i saken var om et vilkår om en tariffrettslig plikt til å gjøre avtalen gjeldende for bedriften dersom forbundet hadde tre eller flere medlemmer i vedkommende bedrift kunne fravikes i medhold av § 36.

Domstolen uttalte at det i prinsippet er klart at tariffavtaler faller inn under anvendelsesområdet for den nye lempningsregelen i avtaleloven § 36, og at stillingen for så vidt er den samme som for avtalelovens alminnelige ugyldighetsregler. Utsagnet modifiseres ved at det uttales at det i alminnelighet vil foreligge meget sterke grunner som taler mot å benytte lempningsregelen i tariffregulerte forhold. Arbeidsretten finner her særlig grunn til å peke på de ovennevnte uttalelsene i forarbeidene.

Arbeidsretten går ikke inn på en alminnelig drøftelse av disse grunnene, men nøyer seg med å påpeke at tariffavtaler reiser mer komplekse problemstillinger enn andre avtaletyper. En tariffavtale mellom organisasjoner gir typisk normer med et videre anvendelsesområde og virkning ikke bare for avtalens (overordnede) parter. Slike Arbeidsretten ser det, har dette betydning når det er spørsmål om å anvende § 36.

Retten uttaler at partene i sin prosedyre til en viss grad berørte de sterke grunnene som taler mot å benytte lempningsregelen i tariffregulerte forhold.¹²² Partene fremhevet for det første at partene i de fleste tariffavtaler er profesjonelle organisasjoner, slik at det vil være mindre behov for å verne en av partene i avtaleforholdet. Dette er et moment som tilsier at det gjennomgående vil være lite behov for sensur ved denne type avtaler.

¹²¹ Fougner (2004) side 134

¹²² Side 22

Videre påberopes det at avtaleloven § 36 kun bør anvendes unntaksvis, og da i saker hvor det foreligger helt spesielle omstendigheter. Begrunnelsen for dette er at det ellers åpnes for perspektiver som ikke er ønskelige på det rettspolitiske plan. Det uttales endelig at bestemmelsen ”prinsipielt kan være nyttig som sikkerhetsventil.”

Arbeidsretten gjentar i ARD 1990-127 at det ikke er tvilsomt at § 36 i prinsippet også gjelder i forhold til tariffavtaler, men finner det imidlertid ”klart at det ikke er grunnlag for å tilsidesette eller endre tariffavtalen her.” Det ble i denne saken blant annet fremsatt krav om at tariffavtalens lønnssetninger måtte justeres opp med hjemmel i avtaleloven § 36. En naturlig språklig forståelse av uttrykket ”i prinsippet” tilsier at dette er noe som nok kan tenkes i teorien, men som i alminnelighet ikke vil forekomme i praksis.

3.4 Revisjon av tariffavtaler

Som gjennomgangen viser, har ikke avtaleloven § 36 hatt særlig stor praktisk betydning for tariffpartenes rettigheter og plikter. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med at tariffavtalen ikke kan være gjenstand for endringer i tariffperioden.

Revisjonsbehov kan reguleres i tariffavtalen ved avtaleinngåelsen, og dette er den praktiske måten å løse problemet på. Slike bestemmelser vil gjennomgående redusere behovet for revisjon etter avtaleloven § 36.¹²³

3.5 Oppsummering

Det er interessant å se at Høyesterett og Arbeidsretten kommer frem til samme konklusjon angående avtaleloven § 36 betydning for tariffavtaler, selv om de har en noe forskjellig tilnærming til spørsmålet.

¹²³ Fougner (2004) side 136

Arbeidsretten henviser til forarbeidene og tariffavtalers egenart for å begrunne sitt standpunkt, mens Høyesterett i stor grad nøyer seg med å fastslå at bestemmelsen har begrenset betydning for denne type avtale.

Gjennomgangen av den foreliggende rettspraksis fra Høyesterett og Arbeidsretten, viser at terskelen for å foreta rimelighetssensur av tariffavtaler er svært høy. Dette er først og fremst en følge av tariffavtalens særlige karakter. Avtalepartene er gjennomgående profesjonelle organisasjoner. Det ligger i selve maktbalansen mellom arbeidstaker- og arbeidsgiversiden at avtalen som forhandles frem skal bli stående uforandret i hele tariffperioden. Dette er viktig for forutberegnelighet og for å opprettholde tilliten mellom partene. Videre inngås tariffavtaler normalt for en relativt kort periode, og dette er også med på å redusere behovet for revisjon etter avtaleloven § 36.

4 Forholdet mellom arbeidsmiljøloven og avtaleloven

Arbeidsrett er en spesiell form for avtalerett. Når det oppstår spørsmål som ikke kan løses ved hjelp av arbeidsmiljøloven alene, vil avtaleloves regler komme til anvendelse for å supplere og presisere de arbeidsrettslige.

Avtaleloven vil for det første ha betydning for arbeidsretten i situasjoner som ikke er regulert i arbeidsmiljøloven. Som oppgaven viser er dette blant annet tilfelle for bindings- og konkurranseklausuler. Arbeidsmiljøloven løser ikke spørsmålene som kan oppstå i denne forbindelse. De arbeidsrettslige spørsmål avgjøres følgelig helt og holdent gjennom de alminnelige avtalerettslige regler.

Videre vil det være behov for supplerings av de arbeidsrettslige reglene ved arbeidstakers tilbakekall av oppsigelse. Ved rimelighetsvurderingen som foretas etter avtaleloven § 36, blir det i denne situasjonen lagt vekt på om arbeidsgiver hadde saklig grunn til oppsigelse, slik at han gyldig kunne ha brakt arbeidsforholdet til opphør. Dette illustrerer at det er et samspill mellom reglene i avtaleloven og i arbeidsmiljøloven. Selv om arbeidsmiljølovens bestemmelser ikke direkte regulerer denne situasjonen, utgjør de allikevel momenter i rimelighetsvurderingen som foretas etter avtalelovens bestemmelse.

I forhold til fallskjermavtaler supplerer avtaleloven § 36 bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 15-16 (2). Regelen i arbeidsmiljøloven åpner for at fallskjermavtaler kan inngås, og er hjemmelen for dette. Bestemmelsen sier imidlertid ingenting om rimeligheten av slike avtaler. Som en følge av dette er det rom for § 36 ved siden av aml § 15-16 (2).

Forholdet mellom avtaleloven og arbeidsmiljøloven er ikke kommentert i noen av forarbeidene, hvilket kan indikere at lovgiver ikke har ansett dette som videre

problematisk. Det er allikevel interessant å merke seg at reglene i avtaleloven kan ha stor betydning for avgjørelsen av arbeidsrettslige spørsmål.

5 Oppsummering

Som oppgaven viser har avtaleloven § 36 en viss betydning for fastsettelse av arbeidsforholdets innhold. En gjennomgang av den foreliggende rettspraksis viser ikke en tendens i retning større eller mindre behov for § 36 nå enn tidligere. Det synes ikke som om det i en periode har vært større pågang i rettssystemet enn andre, men som om det jevnt over dukker opp en sak fra tid til annen.

For tariffavtalers vedkommende er det liten grunn til å tro at domstolene vil fravike den restriktive linjen som hittil er lagt til grunn både i forarbeidene og i rettspraksis. Som gjennomgangen illustrerer, har alle avgjørelser gått i samme retning i de 25 årene som har gått siden avtaleloven § 36 ble vedtatt. Arbeidsrettens og Høyesteretts dommer bygger i stor utstrekning på en konstatering og videreføring av de synspunktene som legges til grunn i forarbeidene. Det synes tvilsomt at domstolene i årene som kommer vil se bort fra de klare uttalelsene i forarbeidene og den foreliggende rettspraksis når de står overfor spørsmål om revisjon av tariffavtaler på grunn av urimelighet.

Utviklingen går samtidig i retning av at stadig mer fastsettes i tariffavtalene. Denne tendensen kan føre til at avtaleloven § 36 i fremtiden vil få mindre betydning enn tidligere for arbeidsavtalers vedkommende. Dette fordi domstolene er svært tilbakeholdne med å sette til side tariffavtaler i medhold av avtaleloven § 36.

I forbindelse med den individuelle arbeidsavtale vil det trolig kunne oppstå tvister som kan søkes løst gjennom avtaleloven § 36. Arbeidsmiljølovens grunnleggende prinsipp om vern av arbeidstaker, tilsier imidlertid at loven vil endres med samfunnsforholdene dersom det viser seg at vernet ikke er tilstrekkelig for å oppnå den ønskede beskyttelse. I den grad arbeidsmiljøloven beskytter arbeidstakeren mot misbruk av avtalefriheten, vil det være et relativt lite behov for generalklausulen i avtaleloven § 36 ved siden av vernereglene som

følger av arbeidsmiljøloven. Det vil i denne situasjonen vanskelig kunne tenkes at avtaler som inngås i overensstemmelse med arbeidsmiljølovens regler vil føre til et urimelig resultat.

På det generelle plan synes det som om tendensen går i den retning at Høyesterett i færre saker nå enn tidligere foretar revisjon i medhold av avtaleloven § 36.¹²⁴ Dersom denne tendensen fortsetter, er det grunn til å anta at det også i arbeidsforhold vil være mindre rom for generalklausulen i tiden som kommer.

Avtaleloven § 36 gjelder på hele formuerettens område, og det synes som om arbeidsavtaler verken har vært eller vil bli kjerneområdet for bestemmelsen. Som på andre rettsområder vil den allikevel kunne være en sikkerhetsventil i de tilfellene hvor avtalen får uventede konsekvenser for en av partene. Fra tid til annen vil den nok kunne føre til at også avtaler i arbeidsforhold settes til side som ugyldige på grunnlag av urimelighet.

¹²⁴ Mestad, Ola: Kontraktsrevisjon.

Tilgang: <http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR3000/h06/JUR3000-1-2/Kontraktsrevisjon%203.%20avd/20h%2006.doc>

6 Litteraturliste

6.1 Lover

- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr.4
- 1927 Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 5. mai 1927 nr.1
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr.62

6.2 Forarbeider

NOU 1979:32 Formuerettslig lempningsregel

Innst.O.nr. 31 (1982 – 1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31.mai 1918 nr 4

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31.mai 1918 nr 4

6.3 Dommer

6.3.1 Norsk Retstidende

Rt 1996 s.1696 ”Trondheim kommune-dommen”

Rt 2000 s.71

Rt 2000 s.610 ”Breivik-dommen”

Rt 2000 s.1800 ”Romsdals Fellesbank”

Rt 2001 s.418 ”Kårstø-dommen”

Rt 2001 s.603

Rt 2004 s.1588

Rt 2005 s.1487

Rt 2006 s.420 ”Poppe-dommen”

Rt 2006 s.1025 ”Medpro-dommen”

6.3.2 Underrettspraksis

RG 1996 s.798

RG 2000 s.262 ”Lorentzen og Stemoco-dommen”

RG 2000 s.1631

RG 2002 s.1522

RG 2003 s.283

LB-1998-750

LH-2002-1071

LA-2004-1961

LB-2004-10508

LH-2006-128613 ”Bodø Båtforening”

TOSLO-2002-9955

6.3.3 Dommer fra Arbeidsretten

ARD 1945 s.1

ARD 1981 s.410

ARD 1990 s.15

ARD 1990 s.127

6.3.4 Norsk Arbeidsrettslig Domssamling

NAD 1987 s.541

NAD 1988 s.1365

6.4 Bøker

Dege, Jan Tormod: Arbeidsrett. Rettigheter og plikter i arbeidsforhold. Oslo, 2003

Fougner, Jan, Holo, Lars og Friberg, Odd: Arbeidsmiljøloven kommentarutgave. 8. utgave, Oslo, 2003

Gjone, Tor og Aagaard, Erik C: Bedriftens personalhåndbok. 6. utgave, Oslo, 2002

Hov, Jo: Avtaleslutning og ugyldighet. Oslo, 1998

Jakhelln, Henning: Oversikt over arbeidsretten. 4. utgave, 2. opplag. Oslo, 2007

Johansen, Thor Erik. Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold. 3. utgave, Kristiansand, 2001

Kollektiv arbeidsrett. Jan Fougner ... [et al]. Oslo, 2004

Storeng, Nils Helmer, Beck, Tom Henrik og Due Lund, Arve: Arbeidsrett. 5. utgave. Oslo, 2004

6.5 Artikler

Andersen, Kari Bergeius: Forbud mot konkurranse når medarbeidere fratrer. I: Advokatbladet april 2005

Breibøl, Camilla Schøyen: Er det fritt frem for bindingstid i arbeidsforhold? En kommentar til Høyesteretts dom av 7.april 2006. I: Arbeidsrett - 2007 - Nr 03

Evju, Stein: Bindingsklausuler – gyldighet, fortolkning og virkning – Høyesteretts dom 7. april 2006. I: Nytt i privatretten nr 2/2006 side 1-3.

Fougner, Else Bugge: Noen betraktninger om avtaleloven § 38. I: Arbeidsrett – 2006 – Nr 04

Homble, Runar: Konkurransesklausuler. I: Tidsskriftet Arbeidsmiljø. Utgave 7/2005

Homble, Runar: Arbeidstakernes bindingstid. I: Arbeidsrett – 2006 – Nr 05

Mo, Einar: Oppsigelse i arbeidsforhold fra en avtalerettslig synsvinkel. I: Lov og Rett 1999 side 131.

6.6 Nettdokumenter

Andersen, Kari Bergeius: Bindingstid og incentivordninger. Hvordan holde på kunnskap virksomheten har investert i? I: Tidsskrift for Forrettingsjus nr. 3/2001 side 273 – 281 (Sisert fra Idunn.no)

Arbeidsrett.no

Tilgang: <http://www2.arbeidsrett.no/page/mainpage.jsp> [sitert 31. mars]

Bindingsklausuler punkt 10: Forholdet til konkurranseklausuler.

Bindingsklausuler punkt 6: Gyldigheten av bindingsklausuler

Bindingstid og konkurranseklausuler

Tilgang: http://www.pretor.no/pdf/Pretor_nyhetsbrev_0207.pdf [sitert 31. mars]

Hvardal, John Aage: Konkurranseklausuler i arbeidsavtaler. Publisert 24.06. 2005

Tilgang: <http://www.codex.no/default.asp?ID=196> [sitert 3. mars]

Kamsvåg, Ivar: Fallskjermavtaler lukter

Tilgang: <http://www.oslo.net/historie/cw/utg/9429/cw94294.html> [sitert 5.mars]

Kroken, Nina: Konkurranseklausuler i et stramt arbeidsmarked.

Tilgang: http://www.foyen.no/templates/Artikkel_1523.aspx [sitert 5. mars]

Mestad, Ola: Kontraktsrevisjon.

Tilgang: <http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR3000/h06/JUR3000-1-2/Kontraktsrevisjon%203.%20avd/20h%2006.doc> [sitert 19.april]

Mo, Einar: Omplaseringsavtaler. Publisert 01.11.2004

Tilgang: http://www.grenlandsadvokatene.no/show_details.asp?ID=397 [sitert 14. april]

Raugland, Vidar: Gyldigheten av avtale om omplassering. Publisert 23.11.2004

Tilgang: http://www.utdanningsnytt.no/templates/udf20_8729.aspx?side=13 [sitert 14. april]

Skarning, Nicolay: Konkurranseklausuler – en undervurdert sikring av bedriftens verdier?

Publisert 30.06.2006

Tilgang: <http://www.bullco.no/default.aspx?id=2561> [sitert 3. mars]

